

Støtteordninger til fornybar energi og forholdet til europaretten

– Nasjonale myndigheters miljøhandlingsrom

Kandidatnummer: 229

Leveringsfrist: 1. juni 2015

Antall ord: 38 618



Innholdsfortegnelse

| | | |
|----------|--|-----------|
| 1 | INNLEDNING..... | 1 |
| 1.1 | Tema og problemstilling | 1 |
| 1.2 | Rettskilder og metode | 2 |
| 1.3 | Fremstillingen videre | 9 |
| 2 | STØTTEORDNINGER TIL FORNYBAR ENERGI | 10 |
| 2.1 | Innledning – markedssvikt | 10 |
| 2.2 | Fornybardirektivet satt i kontekst | 11 |
| 2.3 | Støtteordninger i henhold til direktiv 2009/28/EC..... | 12 |
| 2.4 | Forskjellige former for støtteordninger..... | 13 |
| 2.4.1 | Innledning | 13 |
| 2.4.2 | Støtteordninger som indirekte fremmer fornybar energi | 14 |
| 2.4.3 | Støtteordninger for å fremme investering i fornybar energi i kraftsektoren..... | 15 |
| 2.5 | Velfungerende støtteordninger – målsetting bak fornybardirektivet og rettesnor for nasjonale myndigheter | 19 |
| 3 | GRØNN DREINING GJENNOM STATSSTØTTE | 21 |
| 3.1 | Innledning | 21 |
| 3.2 | Feed-in-systemer og grønne sertifikatordninger i lys av forbudet mot statsstøtte i TFEU art. 107 (1)..... | 22 |
| 3.2.1 | Innledning | 22 |
| 3.2.2 | Økonomisk fordel – støttebegrepet..... | 22 |
| 3.2.3 | Selektivitet | 25 |
| 3.2.4 | Vrir eller truer med å vri konkurransen og påvirker samhandelen mellom medlemsstatene..... | 29 |
| 3.2.5 | Støtte gitt av statsmidler | 29 |
| 3.3 | Godkjenning av støtteordninger til produksjon av grønn elektrisitet etter TFEU art. 107 (3) c | 44 |
| 3.3.1 | Innledning | 44 |
| 3.3.2 | Statsstøtte som et virkemiddel for å gjennomføre et fornybarskift | 44 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 3.3.3 | Statsstøtte som er forenlig med traktaten – Europakommisjonens godkjennelseskompetanse | 45 |
| 3.4 | Nærmere om retningslinjene | 46 |
| 3.4.1 | Innledning | 46 |
| 3.4.2 | Retningslinjenes rettslige status..... | 46 |
| 3.4.3 | Retningslinjenes særegne karakter | 48 |
| 3.5 | Hvilke føringer legger retningslinjene for medlemsstatenes utforming av støtteordninger til fornybar energi?..... | 50 |
| 3.5.1 | En markedsbasert tilnærming | 50 |
| 3.5.2 | Retningslinjenes oppbygging og innhold | 52 |
| 3.5.3 | Kravet om at støttetiltaket må ha et legitimt formål | 53 |
| 3.5.4 | Krav til støttetiltakets utforming..... | 54 |
| 3.5.5 | Kravet om at støttens positive virkninger på miljøet er større enn de negative virkningene på konkurransen og markedet..... | 64 |
| 3.6 | Styring gjennom «soft law»? | 66 |
| 3.7 | Sammenfatning – miljøhandlingsrom innenfor statsstøtteregelveket..... | 68 |
| 4 | GRØNN DREINING GJENNOM IMPORTRESTRIKSJONER..... | 70 |
| 4.1 | Innledning | 70 |
| 4.2 | Utvalgte støtteordninger til fornybar energi og forbudet mot tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner | 71 |
| 4.2.1 | Innledende bemerkninger om bestemmelsens innhold..... | 71 |
| 4.2.2 | Grønne sertifikatordninger i lys av TFEU art. 34..... | 73 |
| 4.2.3 | Forbud mot bruk av visse energikilder som innsatsfaktor..... | 79 |
| 4.2.4 | Produktkrav og krav til produksjonsmåte i lys av TFEU art. 34..... | 83 |
| 4.3 | Unntak av hensyn til miljøet – TFEU art. 36 og læren om tvingende allmenne hensyn | 84 |
| 4.3.1 | Innledning | 84 |
| 4.3.2 | Formål som kan legitimere støtteordninger til fornybar energi – miljø/klimahensyn | 85 |
| 4.3.3 | Importrestriksjoner begrunnet i ekstraterritorielle hensyn | 87 |
| 4.3.4 | Forholdet mellom TFEU art. 36 og læren om «tvingende allmenne hensyn» . | 90 |
| 4.4 | Forholdsmessighetsvurderingen – er støtteordningene egnet og nødvendig av hensyn til klima?..... | 97 |
| 4.4.1 | Innledning | 97 |

| | | |
|----------|--|------------|
| 4.4.2 | Grønne sertifikatordninger | 99 |
| 4.4.3 | Forbud mot oljefyring – egnet og nødvendig? | 104 |
| 4.4.4 | Produktkrav og krav til produksjonsmåte..... | 108 |
| 5 | AVSLUTTENDE BEMERKNINGER – REGELSETT I SAMSPILL..... | 110 |
| 5.1 | Sammenfatning | 110 |
| 5.2 | Hvilken bestemmelse skal støtteordningen vurderes etter? – institusjonelle aspekter ved valg av hjemmel..... | 111 |
| 5.3 | Nasjonale myndigheters miljøhandlingsrom | 115 |
| 6 | KILDEREGISTER | 117 |

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Tema for denne avhandlingen er nasjonale myndigheters miljøhandlingsrom innenfor EU/EØS-retten ved *utforming* av støtteordninger til fornybar energi.¹ Støtteordninger til fornybar energi vil, *avhengig av hvordan de utformes*, reise spørsmål i tilknytning til så vel EU/EØS-rettens regler om fri varebevegelse, som reglene om statsstøtte. Det er rammene disse to regelsettene oppstiller for nasjonale myndigheters handlingsrom vi skal se nærmere på.

Det følger av direktiv 2009/28/EC (fornybardirektivet),² at medlemsstatene kan og skal iverksette nasjonale støtteordninger til fornybar energi.³ Slike støtteordninger skal bidra til å øke fornybarandelen i medlemsstatenes energiproduksjon og energibruk. En grønn dreining av energisektoren er et viktig bidrag for å redusere klimagassutslippene som et energiforbruk basert på fossile energikilder medfører, og videre avhjelpe klimautfordringene verden står overfor i dag.

Ved utforming av nasjonale støtteordninger til fornybar energi er et første spørsmål om støtteordningen innebærer en tildeling av statsstøtte, som etter Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) art. 107 (1)/EØS-avtalen art. 61 (1) er forbudt. Hvis støtteordningen innebærer statsstøtte, blir spørsmålet om den allikevel kan opprettholdes. TFEU art. 107 (3)/EØS-avtalen art. 61 (3) gir overvåkningsorganene (henholdsvis Europakommisjonen og EFTAs Surveillance Authority (ESA)) hjemmel til å dispensere fra statsstøtteforbudet. Europakommisjonen har nylig utarbeidet retningslinjer for hvordan den vil praktisere dispensasjonsadgangen.⁴ Disse retningslinjene er sentrale ved kartleggingen av nasjonale myndigheters mulighet til å bruke statsstøtte som virkemiddel.

¹ Direktiv 2009/28/EC art. 2 (2) (a): «‘energy from renewable sources’ means energy from renewable non-fossil sources, namely wind, solar, aerothermal, geothermal, hydrothermal and ocean energy, hydropower, biomass, landfill gas, sewage treatment plant gas and biogases».

² Vedtatt av parlamentet og Rådet desember 2008, gjort formelt den 23. april 2009. Fornybardirektivet erstatter direktivene 2001/77/EC og 2003/30/EC.

³ Fornybardirektivet art. 3.

⁴ «Communication from the Commission, Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020», (OJ C 200, 28.6.2014, s. 1-55), (retningslinjene (2014-2020)).

Der støtteordningen faller utenfor statsstøtteregelverket, eller overvåkningsorganene skal vurdere om støtteordningen skal tillates jf. TFEU art. 107 (3)/EØS-avtalen art. 61 (3), må forholdet til øvrige traktatbestemmelser vurderes. I denne avhandlingen er det forholdet til forbudet mot importrestriksjoner i TFEU art. 34/EØS-avtalen art. 11 det skal ses nærmere på. I vurderingen av TFEU art. 34 tar jeg utgangspunkt i tre nasjonale tiltak som er truffet for å fremme fornybar energi: grønne sertifikatorordninger, forbud mot bruk av oljefyr og produktkrav/krav til produksjonsmåte. De fleste støtteordninger til fornybar energi vil kunne hindre varestrømmen mellom medlemsstatene. Et sentralt spørsmål er derfor om støtteordningene kan legitimeres av hensyn til miljø og klima jf. TFEU art. 36/EØS-avtalen art. 13 og/eller den domstolskapte læren om tvingende allmenne hensyn.

Samspillet mellom regelsettene gjør det nødvendig å se på både reglene for fri bevegelighet av varer og statsstøttereglene. Forholdet mellom regelsettene, og betydningen dette har for medlemsstatenes utforming av støtteordninger til fornybar energi, kommer vi nærmere tilbake til avslutningsvis i oppgaven.

1.2 Rettskilder og metode

Siktemålet for avhandlingen er å gi et bilde av det rettslige handlingsrommet nasjonale myndigheter har innenfor EU/EØS-retten. Her spiller EU-organene; EU-domstolen og Europakommisjonen, de sentrale rollene. EU-domstolen fordi den avgjør tvister mellom Europakommisjonen og medlemsstatene om innholdet i EU-reglene, og fordi den gjennom ordningen med prejudisielle tolkningsavgjørelser jf. TFEU art. 164 spiller en viktig rolle i tvister om forståelsen av EU-regelverket som verserer for nasjonale tvisteløsningsorganer. Europakommisjonen spiller en selvstendig rolle gjennom utøvelsen av skjønnet og dispensasjonsadgangen den har etter TFEU art. 107 (3), og ved å utarbeide retningslinjer som gir uttrykk for det skjønnet organet har til å dispensere fra statsstøtteforbudet.

EØS-avtalen tar sikte på å etablere et homogent europeisk økonomisk samarbeidsområde, basert på «de samme regler», jf. EØS-avtalen art. 1 og fortalen pkt. 16.⁵ EØS-regelverket speiler derfor det EU-rettslige, og ESA praktiserer sitt dispensasjonsskjønn etter retningslinjer som er sammenfallende med Europakommisjonens.

⁵ Fredriksen (2014), s. 215 og Sejersted (2011) s. 223.

Det følger av homogenitetsmålsettingen at rettsanvenderen må foreta en tolkningsprosess i flere trinn. Et første trinn er å fastlegge riktig fortolkning av EU-regelverket. Det neste trinnet er å vurdere hvorvidt den EU-rettslige løsningen kan overføres til EØS-retten. Utfordringen her knytter seg blant annet til å forene EØS-avtalen, hvor hoveddelen har stått uendret siden inngåelsen i 1994,⁶ og EU-retten som er i konstant utvikling både i omfang og innhold.⁷ Dette er imidlertid ikke en utfordring som gjør seg gjeldende i noen særlig grad i relasjon til de spørsmål som behandles i denne avhandlingen. Endelig vil rettsanvenderen, der tvisten verserer for en nasjonal domstol, måtte ta stilling til om nasjonal rett gir grunnlag for den løsningen EU/EØS-retten krever. Fokuset i denne avhandlingen vil være på første tolkningstrinn; hvilke rammer EU-retten oppstiller for nasjonale myndigheter. EØS-retten antas å speile de rammene EU-retten oppstiller med mindre annet poengteres.

Ved kartleggingen av innholdet i EU-retten må EU-rettslig metode anvendes. Det er EU-domstolen som i siste instans tolker EU-regelverket.⁸ Det er følgelig EU-domstolens praksis som har lagt grunnlaget for den EU-rettslige metoden.⁹ EU-retten skal som et utgangspunkt underlegges en selvstendig og ensartet fortolkning. Reglene skal følgelig kartlegges uavhengig av nasjonal begrepsbruk, metode og rettskultur, og det skal tas utgangspunkt i naturlig språklig forståelse av den aktuelle rettsakten.¹⁰ Et kompliserende særtrekk ved EU-retten, er at regelverket finnes i 24 offisielle språkversjoner.¹¹ Det er uunngåelig at forskjellige språkversjoner kan gi grunnlag for ulik fortolkning. I denne avhandlingen har jeg valgt å sitere rettskildene i sin engelske språkdrakt, men ved tolkningen av dem har jeg også sett hen til andre språkversjoner.

Rettskildebildet på området for støtteordninger til fornybar energi er komplekst. Ved utforming av nasjonale støtteordninger til fornybar energi må nasjonale myndigheter forholde seg til et bredt spekter av sekundære og primære rettsakter. EUs energi og klimapolitikk er preget

⁶ Til tross for stadig utvidelse gjennom innlemmelse av nye rettsakter i vedlegg til avtalen.

⁷ Fredriksen (2014), s. 36 omtaler dette som problemet med «the Widening Gap».

⁸ Jessen (2003), s. 30.

⁹ Sejersted (2011), s. 234.

¹⁰ Fredriksen (2014), s. 218.

¹¹ TEU art. 55 (1) og Fredriksen (2014), s. 219.

av sektorovergripende strategier og «lovgivningspakker».¹² I tillegg må traktatsbestemmelsene som regulerer forbudet mot restriksjoner på den frie varebevegelsen med tilhørende unntaks bestemmelser, og statsstøtteforbudet med mulighet for godkjenning fra Europakommisjonen, overholdes. EU-domstolens avgjørelser og praksis fra Europakommisjonen er sentrale rettskilder for å kartlegge innholdet i de forskjellige rettsaktene.

Fornybardirektivet er det rettslige utgangspunktet for nasjonale myndigheter ved utforming av støtteordninger til fornybar energi. EU-rettslige reguleringer varierer i ambisjonsnivå. Der en rettsakt søker å harmonisere medlemsstatenes regler på et gitt område, må det vurderes i hvilken grad.¹³ Graden av harmonisering fornybardirektivet legger opp til har, for det første, betydning for nasjonale myndigheters handlingsrom ved utforming av støtteordninger til fornybar energi. For det andre, vil det ha betydning for anvendelsen av de primære rettsreglene. I Ålands vindkraft-avgjørelsen kommer sistnevnte frem i følgende uttalelse fra EU-domstolen:

«In that regard, it should be noted that the Court has consistently held that, where a matter has been the subject of exhaustive harmonisation at EU level, any national measure relating thereto must be assessed in the light of the provisions of that harmonising measure and not in the light of primary law »¹⁴

Dette innebærer på den ene siden at dersom medlemsstatene følger sekundærlovgivningen vil tiltaket ikke kunne anses å stride med, eksempelvis TFEU art. 34 eller TFEU art. 107 (1). En annen side av dette er at nasjonale tiltak som ikke er forenlig med den harmoniserende sekundærlovgivningen ikke kan begrunnes i medhold av unntaket i TFEU art. 36 eller læren om tvingende allmenne hensyn. EU-domstolen tok stilling til spørsmålet om fornybardirektivet innebærer en slik «exhaustive» harmonisering i Ålands vindkraft-saken:

«it should be noted at the outset that, far from seeking to bring about exhaustive harmonisation of national support schemes for green energy production, the EU legislature — as is apparent, inter alia, from recital 25 to [fornybardirektivet]— based its approach on

¹² Fredriksen (2014), s. 25.

¹³ Det skilles gjerne mellom minimumsharmonisering og totalharmonisering, se Fredriksen (2014), s. 24 og Europautredningen (2011), s. 11.

¹⁴ C-573/12 (Ålands vindkraft) avsnitt 57.

the finding that Member States apply different support schemes and on the principle that it is important to ensure the proper functioning of those schemes in order to maintain investor confidence and to enable those States to define effective national measures in order to achieve their mandatory national overall targets under the directive»¹⁵

EU-domstolen viser i den sammenheng til den vide definisjonen av hva som kan utgjøre en støtteordning til fornybar energi i henhold til fornybardirektivet:

«The definition of ‘support scheme’, for the purposes of [fornybardirektivet], as laid down in point (k) of the second paragraph of Article 2 thereof, also highlights the fact that the instruments, schemes or support mechanisms are essentially measures adopted by the State, while confining itself to referring, in quite broad terms, to the existing types of national incentive designed to promote the use of energy from renewable sources»¹⁶

Ettersom fornybardirektivet ikke medfører en totalharmonisering av medlemsstatenes myndighet på området for støtteordninger til fornybar energi, kommer primærretten inn som en ytre ramme for nasjonal myndighetsutøvelse. I denne avhandlingen vil det være reglene for fri bevegelse av varer og statsstøttereglene i henholdsvis TFEU art. 34, 36 og 107. Amsterdamtraktaten fra 1999 og Lisboatraktaten fra 2009 innebar en omnummerering av traktatbestemmelsene.¹⁷ Dette gjør at en og samme traktatbestemmelse kan være angitt med forskjellig nummerering i dommer, EU-lovgivning, og juridisk teori. I det følgende er det någjeldende nummerering som vil bli anvendt, og i sitater vil jeg oppgi gjeldende nummerering i hakeparentes.

Et uttrykk for den kontekstuelle og formålsorienterte tilnærmingen som særpreger EU-rettslig metode, er at EU-domstolen som regel tolker hovedregler – det vil si regler som begrenser medlemsstatenes handlefrihet utvidende, og unntak innskrenkende.¹⁸

¹⁵ C-573/12 avsnitt 57.

¹⁶ C-573/12 avsnitt 60.

¹⁷ Sørensen (2014), s. 42.

¹⁸ Fredriksen (2014), s. 234.

Traktatbestemmelsene suppleres av en omfattende og presiserende rettspraksis fra EU-domstolen. EU-domstolen foretar, som nevnt, den autoritative fortolkningen av traktatene og EU-rettens øvrige rettsakter, og uttaler seg endelig om hvordan EU-regelverket er å forstå.¹⁹ EU-domstolens uttalelser er følgelig en sentral rettskilde. Til tross for at EU-domstolen ikke er bundet av sine egne avgjørelser, har den vært tilbakeholden med uttrykkelig å fravike egne tidligere avgjørelser. I flere saker gjemmer EU-domstolen en retningsendring av praksis bak ulike faktiske forhold.²⁰ Det kan således virke som om EU-domstolen av hensyn til å skape en forutberegnelig og ensartet rettstilstand, føler seg forpliktet til å følge tidligere praksis, eller i det minste begrunne hvorfor denne praksisen fravikes.²¹ I andre saker, eksempelvis *PreussenElektra*, *Ålands vindkraft* og *Essent Belgium*-sakene, fravikes praksis uten at dette kommenteres nærmere.²² En slik tilnærming fra EU-domstolens side kan imidlertid også ses på som et uttrykk for at domstolen anser seg bundet av egne tidligere avgjørelser og ikke åpent ønsker å fravike disse.

Ved tolkning av EU-domstolens avgjørelser anlegges i all hovedsak samme metode som vi i Norge bruker ved tolkning av Høyesterettspraksis.²³ Det er imidlertid noen særtrekk ved EU-domstolens avgjørelser som tilsier en litt annen tilnærming. Som en følge av forbudet mot offentlige dissenser gir premissene i dommene ikke uttrykk for uenighet blant dommerne. Premissene kan videre være knappe, og av en postulerende karakter. Det kan av den grunn være utfordrende for en EU-rettsanvender å ta stilling til nyansene og rekkevidden av en prinsipputtalelse fra EU-domstolen.²⁴ I mange tilfeller vil det være nødvendig å se hen til andre rettskilder. Generaladvokatens innstillinger kan være en oppklarende kilde i den sammenheng.²⁵

Før EU-domstolen fattet endelig avgjørelse i en sak, utarbeides det et forslag til løsning av Generaladvokaten.²⁶ Denne innstillingen kan bidra til å klargjøre avgjørelsen til EU-

¹⁹ Se TFEU art. 267.

²⁰ Fredriksen (2014), s. 240.

²¹ Fredriksen (2014), s. 238.

²² C-379/98 (*PreussenElektra*), C-573/12 og C-204-208/12 (*Essent Belgium*). Disse avgjørelsene kommer vi nærmere til i pkt. 4.3.4.

²³ Fredriksen (2014), s. 239.

²⁴ Fredriksen (2014), s. 240-241.

²⁵ Fredriksen (2014), s. 245.

²⁶ Sejersted (2011), s. 236.

domstolen som gjerne er et resultat av forhandlinger mellom dommerne.²⁷ Generaladvokatenes innstillinger kan også gi gode argumenter for og i mot en tolkning av det aktuelle regelverket. EU-domstolen nøler imidlertid ikke med å tilsidesette Generaladvokatens uttalelser dersom den er av en annen oppfatning.²⁸ Eksempler på sistnevnte har man i EU-domstolens avgjørelser i *PreussenElektra*, *Ålands vindkraft* og *Essent Belgium*-sakene.²⁹

EU-domstolens avgjørelser er også på statsstøtteområdet en sentral rettskilde. Dette gjelder særlig ved fastleggelsen av om statsstøttevilkårene i TFEU art. 107 (1) er oppfylt. Europakommisjonen har en særegen kompetanse til å gi dispensasjon fra forbudet i (1) ledd, jf. TFEU art. 107 (3). På området for TFEU art. 107 (3) suppleres derfor rettskildebildet av Europakommisjonens retningslinjer for statsstøtte til miljø og energiformål, og Europakommisjonens egen praksis.

Europakommisjonens godkjenning eller avslag er et rettslig bindende vedtak, som medlemsstaten må bringe inn for EU-domstolen dersom vedtaket ønskes annullert, jf. TFEU art. 263 og art. 264. I henhold til fast rettspraksis fra EU-domstolen råder Europakommisjonen over et vidt skjønn ved vurderingen av om statsstøtten skal kunne anses forenlig med traktaten.³⁰ EU-domstolens overprøving av dette skjønnnet er begrenset til legaliteten av Europakommisjonens beslutning, jf. TFEU art. 263. Dette innebærer at EU-domstolens: «review must (...) be limited to checking that the rules on procedure and the statement of reasons have been complied with, that the facts are materially accurate, and that there has been no manifest error of assessment and no misuse of powers».³¹ Europakommisjonens beslutning kan følgelig tilsidesettes av EU-domstolen der avgjørelsen strider mot øvrige traktatbestemmelser.³²

Der Europakommisjonen har utarbeidet retningslinjer, vil EU-domstolen ta stilling til om Europakommisjonen har overholdt egne retningslinjer i den avgjørelsen som er til prøving.³³ Selv om retningslinjene hverken er rettslig bindende for medlemsstater, nasjonale domstoler

²⁷ Sejersted (2011), s. 236.

²⁸ Sejersted (2011), s. 236.

²⁹ Generaladvokatenes innstilling i C-379/98, C-573/12 og C-204-208/12.

³⁰ Se blant andre C-62/87 avsnitt 21, C-142/87 avsnitt 56.

³¹ T-149/95 avsnitt 63.

³² Jessen (2003), s. 31.

³³ Jessen (2003), s. 33.

eller EU-domstolen, kan de binde Europakommisjonen i utøvelsen av skjønnet etter TFEU art. 107 (3) c.³⁴ Sistnevnte er velbegrunnet sett hen til at retningslinjene er ment å skape forutberegnelighet for medlemsstatene ved utforming av statsstøtteordninger.³⁵ Retningslinjenes rettslige status og betydning for medlemsstatenes handlingsrom behandles nærmere i pkt. 3.4.

Rettsområdet for støtteordninger til fornybar energi er i stadig utvikling. Et godt eksempel her er fornybardirektivet som fastsetter fornybarmål frem til 2020, og Europakommisjonens retningslinjer for statsstøtte til miljø og energiformål 2014-2020 med tilhørende praksis. Etter 2020 forventes EU å stå klar med et nytt rettslig rammeverk på området for fornybar energi. Den dynamiske tilnærmingen på området for fornybar energi henger sammen med de store klimautfordringene, og effekten av tiltakene som er satt i verk – så vel de positive miljøeffektene, som de negative konsekvensene tiltakene har for samhandelen i det indre markedet.

Disse forholdene tatt i betraktning, tilsier at både EU-lovgiver, EU-domstolen og Europakommisjonen bør anlegge en dynamisk tolkningsstil, med formålet bak rettsakten/rettsregelen for øyet. Europakommisjonen legger opp til en slik tilnærming i retningslinjene sine som gir uttrykk for den vurderingen som vil foretas etter TFEU art. 107 (3) c. Siktemålet til Europakommisjonen er å rette opp i markedssvikt uten at det indre markedet, samhandelen og konkurransen lider unødige. For å realisere denne målsettingen strammer Europakommisjonen grepet om medlemsstatenes utforming av støtteordninger. EU-domstolen på den andre siden har valgt å gi medlemsstatene et større handlingsrom når det gjelder utforming av støtteordninger til fornybar energi. Resultatet av domstolens avgjørelser i Ålands vindkraft-saken og Essent Belgium-saken er et betydelig inngrep i det frie markedet, av hensyn til miljøet. Det kan anføres at EU-domstolens tilnærming i disse sakene tar høyde for de særlige forholdene som gjør seg gjeldende på området for fornybar energi, og at avgjørelsene speiler betydningen/alvorligheten av klimautfordringene verden står overfor. En dynamisk tilnærming til tvister der miljø/klimahensyn står sentralt, tilsier at inngrep i markedet må tolereres i langt større grad enn tidligere.

³⁴ C-351/98 avsnitt 53, C-409/00 avsnitt 95.

³⁵ Ehlermann (1992), s. 275.

1.3 Fremstillingen videre

I neste kapittel gjør jeg rede for hva støtteordninger til fornybar energi er, og hvorfor EU oppfordrer medlemsstatene til å ta i bruk støtteordninger for å fremme fornybar energi. Denne delen danner grunnlaget for vurderingen av forskjellige støtteordninger opp mot statsstøtteregolverket og reglene for fri bevegelse av varer.

I kapittel 3 er temaet grønn dreining gjennom bruk av statsstøtte. Det er naturlig å ta utgangspunkt i statsstøtteregolverket ettersom vurderingen av støtteordningene etter disse reglene avgjør om det er aktuelt å se nærmere på varereglene. I denne delen behandler jeg to typer støtteordninger: feed-in-tariffer og grønne sertifikatordninger. Slike støtteordninger er godt egnet til å drøfte så vel rekkevidden av statsstøtteforbudet i TFEU art. 107 (1), som dispensasjonshjemmelen i art. 107 (3) og Europakommisjonens retningslinjer vedrørende støtteordninger til fornybar energi.

I kapittel 4 behandles grønn dreining gjennom importrestriksjoner. Først vil tre utvalgte tiltak for å fremme fornybar energi; grønne sertifikatordninger, forbud mot bruk av oljefyr og produktkrav/krav til produksjonsmåte, vurderes i lys av forbudet mot importrestriksjoner i TFEU art. 34. Deretter vil unntaksadgangen for tiltak som medfører en importrestriksjon vurderes nærmere. I den sammenheng skal det først ses nærmere på hvilke legitime hensyn tiltakene bygger på, og videre hvilke rettslige grunnlag som gir rom for unntak. Avslutningsvis i denne delen vil forholdsmessigheten av de tre tiltakene vurderes.

Kapittel 5 runder av avhandlingen med en oppsummering av funn i kapitlene 3 og 4. Med dette som utgangspunkt vil jeg se nærmere på samspillet mellom regelsettene, og si noen ord om det handlingsrommet nasjonale myndigheter har ved utformingen av støtteordninger til fornybar energi.

2 Støtteordninger til fornybar energi

2.1 Innledning – markedssvikt

Fornybardirektivet fastsetter nasjonale fornybarmål som medlemsstatene skal oppfylle. For å nå fornybarmålet kan medlemsstatene blant annet ta i bruk «support schemes» og «measures of cooperation», jf. Fornybardirektivet art. 3 (3) (a) og (b). Bakgrunnen for fornybarsatsningen og behovet for å ta i bruk støtteordninger fremgår av tidligere fornybardirektiv 2001/77/EC avsnitt 1:

«The potential for the exploitation of renewable energy sources is underused in the Community at present. The Community recognises the need to promote renewable energy sources as a priority measure given that their exploitation contributes to environmental protection and sustainable development. In addition this can also create local employment, have a positive impact on social cohesion, contribute to security of supply and make it possible to meet Kyoto targets more quickly. It is therefore necessary to ensure that this potential is better exploited within the framework of the internal electricity market.»

Fornybar energi er ment å bidra til en grønn dreining i energisektoren. Samtidig er fornybarsatsningen et virkemiddel i kampen mot global oppvarming, og for EU og medlemsstatene til å oppfylle forpliktelsene etter Kyoto-protokollen. Som det fremgår av første setning i utdraget over, er fornybar energi ikke brukt i tilstrekkelig grad blant EUs medlemsstater. Nærmere 80 % av energiforbruket i verden er basert på ikke-fornybare (fossile) energikilder. Fossile energikilder har fordeler sammenlignet med fornybare energikilder i dagens samfunn. Eksempler på noen forhold som gjør fossile kilder mer attraktive, er lett anvendelige og lett tilgjengelige.³⁶ Fossile energikilder har imidlertid to store ulemper. For det første er de en stor kilde til forurensning og klimagassutslipp. For det andre løper land, uten tilstrekkelige reservoarer av fossile kilder, en energiforsyningssikkerhetsrisiko. Fornybare energikilder kan bøte på disse ulempene.³⁷ De positive effektene bruken av fornybare energikilder medfører synes langt på vei å være ignorert av markedet. Eller sagt på en annen måte; de negative effektene, forurensning, utslipp av CO₂ og manglende forsyningssikkerhet, av fossile energikilder tas ikke i betraktning av aktørene på markedet. Den samlede prisen for produksjon og bruk av

³⁶ Werring (2006), s. 1.

³⁷ Werring (2006), s. 1-2.

fornybar energi er høyere sammenlignet med ikke-fornybar energi. Dette gjør at for eksempel prisen på elektrisitet produsert ved bruk av fornybare energikilder, ikke kan konkurrere med energi basert på ikke-fornybare energikilder.

EU-lovgivningen er utslag av en erkjennelse av at markedet ikke på egen hånd klarer å innføre en tilstrekkelig mengde fornybare energikilder i elektrisitetsproduksjonen.³⁸ Vi står følgelig overfor en markedssvikt som berettiger statlig inngripen. Dette danner bakteppet for fornybardirektivet og åpningen EU gir medlemsstatene til å fremme produksjon og bruk av fornybar energi gjennom nasjonale støtteordninger. Avhjelping av markedssvikt må følgelig også være utgangspunktet for nasjonale myndigheter ved utformingen av støtteordninger til fornybar energi.³⁹

2.2 Fornybardirektivet satt i kontekst

Fornybardirektivet er en del av EUs «2020 climate and energy package», et bindende rammeverk etablert for å nå de ambisiøse 20-20-20 målene fastsatt av EU-lederne i mars 2007.⁴⁰ Innen utgangen av 2020 skal klimagassutslippet reduseres med 20 %, gjennom blant annet energieffektivisering skal energiforbruket reduseres med 20 %, og EUs energiforsyning og forbruk skal bestå av en økning på 20 % av fornybare kilder sammenlignet med 1990-nivå. Fornybardirektivet bidrar til realiseringen av sistnevnte målsetting.

I henhold til direktivets fortale er kontroll over medlemsstatenes energiforbruk, økt bruk av fornybare energikilder, samt energisparing og energieffektivisering, viktige deler av EUs overordnede plan for å redusere klimagassutslipp og videre overholde forpliktelsene etter Kyoto-protokollen.⁴¹ Direktivet gir et felles rammeverk for fremme av fornybar energi i medlemslandene og stimuli til ny utbygging og oppgradering av anlegg som produserer fornybar energi. Gjennom direktivet fastsettes det bindende nasjonale mål for fornybarandel på området for elektrisitet, transport og oppvarming/avkjøling.⁴² Hvert av medlemslandene må oppfylle individuelle mål for fornybarandel i energiforbruket, slik at det overordnede EU-målet

³⁸ Fornybardirektivet avsnitt 27.

³⁹ C (2013) 7243 final, s. 14-15.

⁴⁰ http://ec.europa.eu/clima/policies/package/index_en.htm

⁴¹ Fornybardirektivet avsnitt 1. Kyoto-protokollen fastsetter bindende mål for reduksjon av klimagassutslipp.

⁴² Fornybardirektivet art. 1. Dette er en utvidelse av anvendelsesområdet sammenlignet med tidligere fornybardirektiv 2001/77/EC som kun omfattet elektrisitet.

på 20 % nås innen 2020. Kommisjonen fører kontroll med medlemslandenes gjennomføring og overholdelse av direktivet.⁴³

Fornybardirektivet ble vurdert EØS-relevant i EØS-komiteén.⁴⁴ Direktivet er tatt inn i EØS-avtalens vedlegg IV. EFTA-landene er ikke med i EUs byrdefordeling når det gjelder oppnåelsen av målet om 20 % fornybarandel i EU innen 2020. Norges satsing på fornybar energi er imidlertid med på å øke produksjon og bruk av fornybar energi på europeisk nivå. Det er EØS-komiteén som har fastsatt det nasjonale målet for Norge. Innen 2020 skal Norges totale energiforbruk ha en fornybarandel på 67,5 %.

2.3 Støtteordninger i henhold til direktiv 2009/28/EC

I henhold til fornybardirektivet art 3 (3) kan medlemsstatene ta i bruk støtteordninger for å nå de individuelt fastsatte nasjonale fornybarmålene. Støtteordninger defineres på følgende måte i art 2 (2) (k):

«‘support scheme’ means any instrument, scheme or mechanism applied by a Member State or a group of Member States, that promotes the use of energy from renewable sources by reducing the cost of that energy, increasing the price at which it can be sold, or increasing, by means of a renewable energy obligation or otherwise, the volume of such energy purchased.»

Støtteordning etter fornybardirektivet er følgelig en ordning iverksatt av en eller flere medlemsstater, som fremmer bruken av fornybar energi, ved enten å redusere kostnadene for fornybar energi, øke salgsprisen, eller øke, ved å innføre en fornybar energiplikt, eller på annen måte, mengden av fornybar energi som kjøpes.

Definisjonen favner vidt, og gir ikke nasjonale myndigheter strenge rammer for utforming av nasjonale støtteordninger.⁴⁵ I fornybardirektivet legges hovedvekten på å etablere funksjonelle (velfungerende) nasjonale støtteordninger,⁴⁶ som er egnet til å gjennomføre de individuelle

⁴³ Fornybardirektivet art. 22 og 23.

⁴⁴ Prop. 4 S (2011-2012), s. 5.

⁴⁵ Se Kröger (2013), s. 384-385, Peeters (2014), s. 49.

⁴⁶ Se pkt. 2.5.

fornybarmålene som følger av direktivets vedlegg I, del B.⁴⁷ Som sett under pkt. 1.3, totalharmoniserer ikke fornybardirektivet medlemsstatenes utforming av støtteordninger til fornybar energi. Dette innebærer at medlemsstatenes handlingsrom ved utformingen av nasjonale støtteordninger må kartlegges i lys av reglene som gjelder for fri flyt av varer og statsstøtteregolverket.

2.4 Forskjellige former for støtteordninger

2.4.1 Innledning

Europakommisjonen har uttalt at det eksisterer like mange forskjellige støtteordninger til fornybar energi som det finnes medlemsstater i EU. En variant av dette fremgår også av fortalen i nåværende fornybardirektiv: «Member States have different renewable energy potentials and operate different schemes of support for energy from renewable sources at the national level».⁴⁸ Som sett i avsnittet over, er definisjonen av hva som kan være en støtteordning i fornybardirektivet, vid. Dette understrekes videre av oppstillingen av eksempler på støtteordninger i fornybardirektivet art. 2 (2) k:

*«This includes, but is not restricted to, investment aid, tax exemptions or reductions, tax refunds, renewable energy obligation support schemes including those using green certificates, and direct price support schemes including feed-in tariffs and premium payments»*⁴⁹

Det følger uttrykkelig av bestemmelsens ordlyd at listen med eksempler ikke er uttømmende.⁵⁰ Støtteordninger til fornybar energi varierer da også i betydelig grad fra land til land, både når det gjelder utforming, type og nivå.

Det vil sprengre grensene for denne avhandlingen å foreta en uttømmende redegjørelse for støtteordninger til fornybar energi. I det følgende vil det skilles mellom støtteordninger som direkte er rettet mot å fremme fornybar energi, og de som kun indirekte medfører en økt bruk eller produksjon av fornybar energi. Sistnevnte kategori vil det kun redegjøres for i korthet

⁴⁷ Fornybardirektivet avsnitt 25 og art. 3 (1), noe som også trekkes frem av EU-domstolen i C-573/12.

⁴⁸ Fornybardirektivet avsnitt 25.

⁴⁹ Fornybardirektivet art. 2 (2) k, min kursivering.

⁵⁰ Fornybardirektivet art. 2 (2) k «not restricted to».

nedenfor. Fremstillingen vil konsentrere seg om støtteordninger som er tatt i bruk av EUs medlemsstater for direkte å fremme investeringer i fornybar energi i kraftsektoren. Disse støtteordningene kan overordnet deles inn i to kategorier: prisbaserte støtteordninger og kvotebaserte/kvantitetsbaserte støtteordninger.⁵¹ I førstnevnte kategori finner man, for det første, støtteordninger som tar sikte på å fremme investering i fornybar energi: investeringssubsidier og skattefavorisering.⁵² Videre omfattes produksjonsbaserte støtteordninger som tar i bruk Feed-in-tariffer (FIT) eller feed-in-premier. I den andre kategorien støtteordninger er siktemålet å oppnå et ønsket nivå av grønn elektrisitetsproduksjon. Dette nivået er fastsatt av regulerende myndighet. I denne kategorien finner man anbudsordninger; det vil si at produksjonen av en viss andel grønn elektrisitet legges ut på anbud og produsenter konkurrerer om å få tilbudet. Videre omfattes grønne sertifikatordninger (Tradable Green Certificates – TGC).⁵³

En slik todelt tilnærming er ikke mer enn et utgangspunkt for å strukturere tankene. I virkeligheten inneholder de fleste støtteordningene en blanding av elementer fra de forskjellige kategoriene.⁵⁴ De mest utbredte formene er Feed-in systemer og grønne sertifikatordninger, som blir forklart nærmere i avsnitt 2.4.3. Disse to formene danner utgangspunktet for drøftelsene i kapittel 3, statsstøttedelen.

2.4.2 Støtteordninger som indirekte fremmer fornybar energi

Med indirekte støtteordninger til fornybar energi menes støtteordninger som ikke direkte er rettet mot produksjon av fornybar energi, men som medfører en omlegging til fornybar energi gjennom virkemiddelbruk som gjør fornybart mer lukrativt, eller fossil energi dyrere eller vanskeligere å ta i bruk. Som eksempler på noen indirekte tiltak for å fremme fornybar energi kan nevnes avgiftsfritak for bruk av el-bil,⁵⁵ eller forbudet mot bruk av oljefyr som er ønsket innført. I denne gruppen faller også grønne avgifter på elektrisitet produsert av fossile energikilder, avgifter på CO₂-utslipp og fjerning av subsidiering til den fossile energisektoren.⁵⁶

⁵¹ SEC (2008) 57, s. 5.

⁵² Tilsvarende soft loans eller tax credits.

⁵³ Banet (2012), s. 36 og COM (2005) 627 final, s. 4-5.

⁵⁴ COM (2005) 627 final, s. 5.

⁵⁵ ESA har nylig tatt stilling til disse fordelens forenlighet med EØS-avtalen art. 61. Se avgjørelse No. 150/15/COL, 21.4.2015.

⁵⁶ Haas (2011), s. 1012-1013.

2.4.3 Støtteordninger for å fremme investering i fornybar energi i kraftsektoren

2.4.3.1 Innledning

Støtteordninger for å fremme investeringer i fornybar energi i kraftsektoren er ordninger som direkte fremmer fornybare energikilder. Som nevnt kan det skilles mellom prisbaserte og kvotebaserte støtteordninger. Medlemsstatene er delt i valget mellom Feed-in støtteordninger og grønne sertifikater.⁵⁷ Debatten har dreid seg om hvilken av disse to formene for støtteordninger som er mest effektiv⁵⁸ når det gjelder å fremme bruken av fornybare energikilder i kraftsektoren.

2.4.3.2 Feed-in tariffer

Et flertall av EUs medlemsstater har valgt Feed-in-tariffer. Feed-in-baserte støtteordninger har ifølge flere undersøkelser vist seg å gi de beste resultatene når det gjelder å fremme investeringer i fornybar energi i kraftsektoren til en lav pris.⁵⁹ Feed-in-tariffer ble først tatt i bruk sent på nittitallet av Tyskland og Danmark, foregangsland innenfor fornybarutviklingen.

Feed-in-tariffer er produksjonsbaserte, prisdrevne mekanismer.⁶⁰ Feed-in-systemer kan utformes på forskjellige måter. Felles for disse støtteordningene er at regulerende myndighet fastsetter en minimumspris for grønn elektrisitet som skal sikre grønne elektrisitetsprodusenter en fast inntekt, tilsvarende markedspris for elektrisitet produsert av ikke fornybare energikilder.⁶¹ En feed-in-ordning kan også utformes som en fastsatt premie som gis i tillegg til markedsprisen for den grønne elektrisiteten.⁶² Minimumsprisen er gjerne supplert av en regulering som sikrer den grønne elektrisiteten nettverkstilgang.⁶³ Hvem i elektrisitetskjeden som har ansvaret for å betale minimumsprisen til produsentene av den grønne elektrisiteten, avhenger av utformingen av støtteordningen.⁶⁴

⁵⁷ Haas (2011), s. 1011 flg.

⁵⁸ «Effektiv» viser her både til måloppnåelse og kostnadseffektivitet.

⁵⁹ Haas (2011), og Fouquet (2013), s. 15.

⁶⁰ Haas (2011), s. 1014.

⁶¹ Se eksempelvis PreussenElektra-saken redegjort for under.

⁶² Haas (2011), s. 1011 og 1014.

⁶³ Fouquet (2013), s. 15 og 16.

⁶⁴ Se eksempelvis feed-in-tariffen omhandlet i PreussenElektra-saken der kraftselskapene betalte en fastsatt minimumspris til produsentene av grønn elektrisitet.

Et system som bygger på en feed-in-tariff kan kombineres med en særbehandling av bestemte former for produksjon av grønn elektrisitet. Dette kan gjøres ved å fastsette ulike satser for forskjellige produksjonsteknologier.⁶⁵ Det tyske feed-in-systemet innført i 1991, gjennomgikk i 2000 en reform der det ble innført forskjellige satser for forskjellige teknologier, men også forskjellige satser innad i de forskjellige teknologiene for å kompensere for ulike produksjonskostnader og andre forhold. Et feed-in-system kan også ta i bruk degressive satser som tar hensyn til fremtidig reduksjon i kostnadene ved produksjon av grønn elektrisitet.

Dersom minimumsprisen for grønn elektrisitet i et feed-in-system er satt tilstrekkelig høyt, har en slik støtteordning et stort potensiale for å øke produksjonen av grønn elektrisitet. Settes prisen over produksjonskostnadene, er dette et positivt signal, som gjør det gunstig for investorer å investere. I tillegg til den fastsatte tariffen er det tidsmessige aspektet ved støtteordningen av betydning for hvor effektivt den trekker til seg investorer. Feed-in-tariffer har det fortrinn sammenlignet med andre former for støtteordninger, at det gir investorer forutberegnelighet og trygge rammer.⁶⁶

Som eksempel på en slik feed-in-tariff kan nevnes den tyske støtteordningen som ble behandlet av EU-domstolen i PreussenElektra-saken fra 2001. Saken omhandlet en feed-in-tariff i den tyske Stromeinspeisungsgesetz som påla kraftselskaper å kjøpe elektrisitet fra fornybare energikilder produsert på eget forsyningsområde, til en minimumspris høyere enn den reelle verdien av elektrisiteten.⁶⁷

2.4.3.3 Grønne sertifikatordninger⁶⁸

Kvotebaserte støtteordninger som benytter grønne sertifikater er tatt i bruk i seks medlemsstater (syv dersom man regner med Norge).⁶⁹ En grønn sertifikatordning er et produksjonsbasert, kvantitetsdrevet instrument. Som nevnt, fastsetter myndighetene her en målsetting for produksjon av grønn elektrisitet, og pålegger et ledd i elektrisitetsomsetningskjeden (produsent, distributør e.l.) en plikt til å oppfylle denne målsettingen.

⁶⁵ Haas (2011), s. 1019.

⁶⁶ Haas (2011).

⁶⁷ C-379/98

⁶⁸ For en mer inngående gjennomgang av grønne sertifikatordninger se Banet (2012), s. 29 flg.

⁶⁹ Banet (2012), s. 34.

Avhengig av hvordan støtteordningen er utformet, pålegges enten produsenter, kraftselskaper (distributører) eller forhandlere/sluttbrukere en kjøps-/leveringsforpliktelse av en viss mengde grønn elektrisitet. Til en gitt dato hvert år må den som er pålagt plikten, fremlegge sertifikater som bevis på at forpliktelsen er overholdt. Det etableres videre et marked for omsetting av sertifikatene slik at de sertifikatpliktige kan kjøpe sertifikater og oppfylle den pålagte sertifikatplikten.⁷⁰

Den sertifikatpliktige kan oppnå sertifikater på tre måter: for det første gjennom egen elektrisitetsproduksjon, for det andre ved å kjøpe grønn elektrisitet fra en annen produsent med tilhørende sertifikater, eller, for det tredje, ved å kjøpe sertifikatene på sertifikatmarkedet uavhengig av elektrisiteten.⁷¹ Støtten til produksjon av grønn elektrisitet består i at produsentene av grønn elektrisitet får tildelt (enten gratis eller ved at sertifikatene auksjoneres bort) sertifikater som de kan selge og tjene penger på i tillegg til prisen av elektrisiteten. Prisen på sertifikatene fastsettes som følge av tilbud og etterspørsel på sertifikatmarkedet.⁷² Under forutsetning av at markedet er utformet på en måte som sikrer «perfekte» markedsforhold, vil en slik støtteordning medføre at produksjonskostnadene for grønn elektrisitet holdes på et minimumsnivå.⁷³

Slike grønne sertifikatordninger kan også være teknologispesifikke. Dette gjør imidlertid at markedene blir mindre «flytende»⁷⁴. Et alternativ er å fastsette graderte priser. Utfordringen her knytter seg til hvordan en vekting av ulike teknologier skal skje. Det er få eksempler på grønne sertifikatordninger som er teknologispesifikke blant EUs medlemsstater.⁷⁵

2.4.3.4 Fellestrekk, og en viktig forskjell

Et første fellestrekk ved feed-in-ordninger og grønne sertifikatordninger er at de har som målsetting å tiltrekke seg investorer til grønn energiproduksjon i kraftsektoren. Begge støtteordningene innebærer at det er produksjonen av den grønne elektrisiteten som støttes, og ikke kostnadene ved selve investeringen. Grønne sertifikatordninger og feed-in-tariffer er ment å

⁷⁰ Eksempel på et slikt marked er NordPool.

⁷¹ Haas (2011), s. 1012.

⁷² Haas (2011), s. 1014.

⁷³ Haas (2011), s. 1012.

⁷⁴ «liquid».

⁷⁵ Haas (2011), s. 1016.

dekke forskjellen mellom kostnadene ved å produsere elektrisitet fra fornybare energikilder og markedsprisen for annen elektrisitet.⁷⁶ Dette samsvarer med definisjonen av driftstøtte som er gitt i Europakommisjonens retningslinjer for statsstøtte til miljø og energiformål (2014-2020).⁷⁷

Støtteordningene er normalt begrenset til å gjelde grønn elektrisitet som er produsert nasjonalt. Et enestående unntak fra dette er den svensk-norske el-sertifikatordningen. Selv denne er imidlertid territorielt begrenset ettersom det kun er produsenter i disse to landene som kan få tildelt sertifikater.

Et annet fellestrekk ved grønne sertifikater og feed-in-tariffer er at begge systemene legger kostnadene på sluttbrukeren. Dette skjer uavhengig av hvem som i utgangspunktet pålegges kjøpsforpliktelsen eller sertifikatforpliktelsen.⁷⁸ Prisen forbrukeren må betale for det grønne skiftet øker følgelig i takt med økt fornybarandelen i energiproduksjonen. Dette har blant annet medført at medlemsstatene og også Europakommisjonen gjennom retningslinjene for tildeling av statsstøtte til miljø og energiformål (2014-2020), gjør unntak for visse energiintensive virksomheter. En slik ordning medfører igjen at forbrukere som ikke er energiintensive brukere må bære en større del av den økonomiske byrden.

En viktig forskjell mellom disse to formene for støtteordninger, er måten prisen/støtten til den grønne elektrisiteten fastsettes på. For grønne sertifikaters vedkommende fastsettes prisen av tilbud og etterspørsel i sertifikatmarkedet. Dette gjør at prisen til en hver tid reflekterer markedet. For feed-in-tariffer er prisen for grønn elektrisitet fastsatt på forhånd uavhengig av prisendringer på markedet. Dette medfører at et system basert på feed-in-tariffer er lite risikopreget. Gevinstene for investorene, avhengig av hvordan denne minimumsprisen er fastsatt, vil aldri være veldig høye. Til gjengjeld er markedet for den grønne elektrisiteten stabilt, noe som ser ut til å være av stor betydning for investorer i fornybar energi. Denne forskjellen har tilsynelatende medført en retningsendring innenfor Europakommisjonens vurdering av støtte-

⁷⁶ Banet (2012), s. 150.

⁷⁷ Retningslinjene (2014-2020) avsnitt 21 «operating benefit».

⁷⁸ Banet (2012), s. 36.

ordningers forenlighet med traktaten jf. TFEU art. 107 (3) c. I henhold til retningslinjene for statsstøtte til miljø og energiformål (2014-2020) er bruken av feed-in-tariffer ikke ønsket.⁷⁹

2.5 Velfungerende støtteordninger – målsetting bak fornybardirektivet og rettesnor for nasjonale myndigheter

For at medlemsstatene skal nå de nasjonale fornybarmålene etter fornybardirektivet, legges det stor vekt på at medlemsstatene skal utforme velfungerende nasjonale støtteordninger. Dette følger av fornybardirektivet avsnitt 25:

«For the proper functioning of national support schemes it is vital that Member States can control the effect and costs of their national support schemes according to their different potentials. One important means to achieve the aim of this Directive is to guarantee the proper functioning of national support schemes, as under Directive 2001/77/EC, in order to maintain investor confidence and allow Member States to design effective national measures for target compliance»⁸⁰

Av dette utdraget følger det at nasjonale myndigheter ved utformingen av støtteordninger til fornybar energi må skape et godt investeringsklima, og videre utforme kostnadseffektive støtteordninger. Sistnevnte er av særlig viktighet for grønne sertifikatordninger og feed-in ordninger. Disse støtteordningene plasserer kostnadene ved fornybarsatsningen på elektrisitetssystemet, som igjen overfører kostnaden til sluttbrukeren av elektrisiteten. Det er følgelig det nasjonale samfunnet som betaler for støtteordningen. Hensynet til sluttbrukeren taler for at støtten bør reduseres til et minimum.

Nasjonale forhold gjør at hva som er en kostnadseffektiv støtteordning, egnet til å nå fornybarmålet, vil variere fra land til land. Nasjonale myndigheter må derfor utforme støtteordninger «according to their different potential». Både forskjeller i naturressurser og økonomiske forhold i medlemsstatene, gjør at kostnadsstrukturene som nasjonale støtteordninger bygger på er forskjellige.⁸¹ Støttenivået må fastsettes sett hen til disse forholdene dersom en støt-

⁷⁹ Se pkt. 3.5.

⁸⁰ Fornybardirektivet avsnitt 25, min kursivering.

⁸¹ Kröger (2013), s. 386.

teordning skal gi riktige insentiver.⁸² Nasjonale myndigheter må søke å finne en balanse mellom å bøte på markedssvikten, som gjør at det ikke investeres i fornybar energi, og samtidig unngå at det skjer en overkompensering.

Generaladvokat Bot argumenterer for at tiden er inne for å åpne nasjonale støtteordninger til fornybar energi for grønn energi fra andre medlemsstater. I sin kritikk av Generaladvokat Bots innstilling i Essent Belgium-saken, tar Kröger til orde for det motsatte. Han mener at ved å åpne nasjonale støtteordninger er faren stor for at balansen som er forsøkt oppnådd ved utformingen av støtteordningen ødelegges.⁸³

EU-domstolen ser ut til å være av samme oppfatning som Kröger. I avgjørelsene i Ålands vindkraft og Essent Belgium-sakene gir EU-domstolen medlemsstatene et betydelig miljøhandlingsrom til å utforme nasjonale støtteordninger til fornybar energi.⁸⁴ Jeg mener at dette er en forsvarlig tilnærming sett hen til de komplekse forholdene som gjør seg gjeldende på det europeiske energimarkedet. Ålands vindkraft og Essent Belgium-sakene, som vi skal se nærmere på i pkt. 4.4.2, kan tilsi at EU-domstolen krever harmoniserte regler på EU-nivå før det kan kreves av medlemsstatene at de åpner støtteordningene sine for grønn energiproduksjon fra andre medlemsland.

⁸² Kröger (2013), s. 385.

⁸³ Kröger bygger dette resonnementet på at støtteordninger ikke er harmonisert på fellesskapsnivå.

⁸⁴ Se særlig pkt. 4.4.2.

3 Grønn dreining gjennom statsstøtte

3.1 Innledning

Grensene for medlemsstatenes handlefrihet ved utformingen av nasjonale støtteordninger må ses i sammenheng med reglene om statsstøtte.⁸⁵ Avhengig av hvordan støtteordningene er utformet, kan støtteordningene innebære statsstøtte. Utgangspunktet er, som vi skal se under, at statsstøtte er forbudt. Denne regelen gjelder ikke uten unntak. EU anerkjenner at statsstøtte i enkelte tilfeller er forenlig med det indre markedet. Dette er tilfellet der støtten bidrar til å gjennomføre politiske målsettinger som er i samsvar med fellesskapets interesser og som markedet ikke har insentiv til å gjøre uten inngripen. En forutsetning for at statsstøtte skal kunne gis, er følgelig at det eksisterer en markedssvikt som ønskes reparert. Dette er imidlertid ikke det eneste kravet som stilles. For støtteordninger til fornybar energi har Europakommisjonen i stadig større utstrekning gitt detaljert veiledning til nasjonale myndigheter gjennom retningslinjene.⁸⁶ Nedenfor skal vi se nærmere på Europakommisjonens retningslinjer for statsstøtte til miljø og energiformål (2014-2020).

Det er i all hovedsak to grunnleggende rettslige vurderinger som vil bli foretatt i denne delen av avhandlingen.⁸⁷ For det første skal grønne sertifikatordninger og feed-in-tariffer vurderes opp mot forbudet mot statsstøtte i TFEU art. 107 (1). For at en støtteordning til fornybar energi skal innebærer statsstøtte, må fire kumulative vilkår være oppfylt. I *PreussenElektra*-saken, en milepel i rettspraksis, kom EU-domstolen til at ett av de kumulative vilkårene ikke var oppfylt. Dette har medført at flere støtteordninger som gir fordeler til enkelte aktører på markedet, og på den måten vrir konkurransen på markedet, allikevel ikke innebærer statsstøtte.

Det andre grunnleggende vurderingstemaet er om en støtteordning til fornybar energi; grønn sertifikatordning eller feed-in-tariff, som innebærer statsstøtte etter TFEU art. 107 (1) allikevel kan være forenlig med traktaten, jf. TFEU art. 107 (3). Europakommisjonen har etter TFEU art. 107 (3) kompetanse til å gi dispensasjon for støtteordninger som innebærer statsstøtte, og det fremgår av Europakommisjonens retningslinjer om statsstøtte til miljø- og ener-

⁸⁵ Fornybardirektivet art. 3 (3) 2.

⁸⁶ Se pkt. 3.5.

⁸⁷ I henhold til Blauberger (2008), s. 8, kan man «broadly distinguish between two sets of conflicts: (1) conflicts about the scope of the state aid prohibition and its enforcement, i.e. the *depth of negative integration* and (2) conflicts about the admissible exceptions to this prohibition, i.e. *Member States' remaining possibility to design their individual state aid policies*».

giformål hvordan Europakommisjonen vil praktisere denne dispensasjonskompetansen. Disse retningslinjene blir dermed sentrale ved fastleggelsen av nasjonale myndigheters handlingsrom ved utforming av støtteordninger til fornybar energi.

3.2 Feed-in-systemer og grønne sertifikatordninger i lys av forbudet mot statsstøtte i TFEU art. 107 (1)

3.2.1 Innledning

Etter TFEU art. 107 (1) er det forbudt å yte statsstøtte. TFEU art. 107 (1) lyder slik:

«Save as otherwise provided in the Treaties, any aid granted by a Member State or through State resources in any form whatsoever which distorts or threatens to distort competition by favouring certain undertakings or the production of certain goods shall, in so far as it affects trade between Member States, be incompatible with the internal market.»

Av denne bestemmelsen kan det utledes fire vilkår som alle må være oppfylt for at en støtteordning skal innebærer statsstøtte: det må være snakk om en økonomisk fordel, til enkelte foretak, som vrir eller truer med å vri konkurransen og har betydning for samhandelen, gitt indirekte eller direkte av statsmidler. Dersom ett av vilkårene ikke er oppfylt, innebærer ikke støtteordningen statsstøtte og medlemsstatene trenger ikke å notifisere ordningen til Europakommisjonen for godkjenning.⁸⁸

3.2.2 Økonomisk fordel – støttebegrepet

For det første må det dreie seg om «støtte», det vil si en økonomisk fordel (støttebegrepet).⁸⁹ Støttebegrepet har blitt tolket vidt i praksis. Allerede i C-30/59 fastslo EU-domstolen at støttebegrepet omfatter mer enn økonomisk fordel i form av direkte tilskudd (subsider):

«The concept of aid is nevertheless wider than that of a subsidy because *it embraces not only positive benefits*, such as subsidies themselves, but also interventions which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an under-

⁸⁸ Jones (2014), s. 6. Hvor mange vilkår man opererer med varierer, se Alterskjær (2008), s. 29 note 11, og Johnston (2014), s. 23-24.

⁸⁹ C-206/06 avsnitt 64 og 79.

taking and which, without, therefore, being subsidies in the strict meaning of the word, are similar in character and *have the same effect*. »⁹⁰

Det følger videre av utdraget over, at det er tiltakets økonomiske effekt/virkning som er det avgjørende.⁹¹ I vurderingen av hvilke tiltak som omfattes av støttebegrepet, har EU-domstolen lagt betydelig vekt på hensynene som ligger bak forbudet mot statsstøtte, det vil si den økonomiske effekten støtten har på mottagerens konkurransemessige stilling. Det avgjørende er om foretaket mottar en økonomisk fordel som det under normale markedsførhold ikke ville ha oppnådd.⁹²

Det er uten betydning om støtteordningen forverrer, forbedrer eller ikke endrer situasjonen støttemottager var i før det nasjonale tiltaket ble innført.⁹³ At støtteordninger til fornybar energi er ment å avhjelpe markedssvikt, og følgelig skal utformes på en måte som sidestiller grønn elektrisitet med annen elektrisitet, har derfor ingen betydning.⁹⁴

Den vide rekkevidden støttebegrepet har fått gjennom praksis medfører videre at det er uten betydning om det begunstigede foretaket er den direkte eller indirekte mottageren av støtten. Dette gjør at også støtteordninger som direkte er rettet mot produksjonen av en vare, eksempelvis avgiftslettelse for bioolje med opprinnelse fra landbruket, også kan utgjøre støtte til produksjonen av landbruksproduktene som brukes ved fremstilling av biooljen i medhold av TFEU art. 107 (1).⁹⁵ Det norske avgiftsfritaket ved kjøp og salg av el-bil kan ut ifra en slik

⁹⁰ C-30/59, s. 19, min kursivering, eksempler på senere avgjørelser som benytter tilsvarende formulering er C-200/97 avsnitt 34 (Ecotrade), C-143/99 avsnitt 38 (Adria Wien Pipeline) og C-387/92 avsnitt 13.

⁹¹ C-200/97 avsnitt 34 «have the same effect», I dette ligger det at også fritak fra en økonomisk byrde faller inn under støttebegrepet, Houe (2013), s.114.

⁹² Houe (2013), s. 117. Den effektbaserte tilnærmingen til EU-domstolen har kvalifisert en rekke nasjonale tiltak som ikke innebærer direkte finansiering av foretak eller generelle tiltak, som statsstøtte, se Biondi (2006) s. 1430.

⁹³ C-143/99 avsnitt 41.

⁹⁴ Houe (2013), s. 114-116.

⁹⁵ Eksempel hentet fra Houe (2013), s. 117. Det kan her reises spørsmål om hvordan et slikt tiltak vil forholde seg til EØS-avtalen. I henhold til EØS-avtalen art. 8 nr. 3 får avtalen kun anvendelse på varer som hører inn under kapitlene 25 til 97 i det harmoniserte system for beskrivelse og koding av varer (HS), med mindre annet er særskilt angitt. Bioolje produsert på bakgrunn av landbruksprodukter kan falle utenfor avtalens anvendelsesområde, jf. art. 8 nr. 3. Dette vil ha som konsekvens at støtteordningen ikke omfattes av varereglene eller statsstøttereguleringen, jf. Pedicel-saken (sak E-4/04).

betraktning tenkes å være en indirekte fordel for produsenter av grønn elektrisitet, ettersom norsk elektrisitetsproduksjon består av nærmere 100 % fornybar energi.⁹⁶

Støtteordninger til fornybar energi, uavhengig av form, har som formål å fremme fornybar energi. Dette gjør at de fleste tiltak satt i verk av EUs medlemsstater innebærer en økonomisk fordel i medhold av TFEU art. 107 (1) for bestemte aktører i fornybarsektoren. For støtteordninger som fremmer fornybare energikilder i kraftproduksjonen, er det produsentene av grønn elektrisitet som mottar den økonomiske fordelene av ordningen.

For støtteordninger som benytter grønne sertifikater er det flere elementer som kan innebære en økonomisk fordel.⁹⁷ Blant annet innebærer kvoteplikten/sertifikatplikten som er pålagt enkelte aktører i elektrisitetskjeden at etterspørselen etter grønn elektrisitet øker. Dette i seg selv utgjør en fordel for produsenter av grønn elektrisitet ved å sikre produsentene et marked for en fastsatt kvantitet.⁹⁸ Kombinert med denne kvoteplikten tildeles utvalgte produsenter av grønn elektrisitet sertifikater. Dette gir de tildelte produsentene et konkurransefortrinn overfor andre produsenter, som de ikke ville ha fått på normale markedsvilkår (uten støtteordningen).

Produsenter av grønn elektrisitet får en tilsvarende økonomisk fordel under et feed-in-system. Normalt innebærer et feed-in-system at produsenter av grønn elektrisitet blir garantert en minimumspris for elektrisiteten sin og videre tilgang til nettet. Dette innebærer en økonomisk fordel ved at produsentene garanteres høyere fortjeneste enn hva som ville vært tilfellet uten støtteordningen.⁹⁹ I PreussenElektra-saken var kraftselskapene pålagt å betale produsenter av fornybar energi en minimumspris for elektrisiteten, samtidig som de var pålagt å kjøpe en viss mengde grønn elektrisitet av lokale produsenter. EU-domstolen ga uttrykk for at en støtteordning som dette klart innebar en økonomisk fordel i medhold av TFEU art. 107 (1):

«It should be noted as a preliminary observation, first, that there is no dispute that an obligation to purchase electricity produced from renewable energy sources at minimum

⁹⁶ I ESAs avgjørelse om fordeler til el-bil og forenligheten med EØS-avtalen No.150/15/COL, vises det til at produsenter av el-biler og batterier til el-biler indirekte kan få en fordel av tiltakene, se avsnitt 83.

⁹⁷ For en mer utførlig behandling av spørsmålet, se Banet (2012), s. 170-171.

⁹⁸ N 550/2000, notifikasjon av en grønn sertifikatorordning tatt i bruk i flandern (Belgia), og N 504/2000 UK Renewables Obligation.

⁹⁹ Banet (2012), 170 note 594.

prices (...) confers a certain economic advantage on producers of that type of electricity, since it guarantees them, with no risk, higher profits than they would make in its absence.»¹⁰⁰

Både støtteordninger som tar i bruk grønne sertifikater og feed-in-systemer innebærer følgelig at produsenter av grønn elektrisitet mottar en økonomisk fordel. Dette vilkåret er, som sagt, vanligvis oppfylt der det er snakk om støtteordninger til fornybar energi, og vil ikke problematiseres videre i denne avhandlingen.

3.2.3 Selektivitet

Det andre vilkåret som må være oppfylt går gjerne under betegnelsen selektivitetsvilkåret, og innebærer at fordelene må favorisere enkelte foretak eller produksjonen av enkelte varer eller tjenester. Vurderingstemaet ble uttrykt på følgende måte av EU-domstolen i *Adria-Wien Pipeline*-saken:

«The only question to be determined is whether (...) a State measure is such as to favour 'certain undertakings or the production of certain goods' (...) in comparison with other undertakings which are in a legal and factual situation that is comparable in the light of the objective pursued by the measure in question».¹⁰¹

Det må trekkes en grense mot generelle tiltak som «benefits all undertakings in [the] national territory, without distinction».¹⁰² Generelle tiltak/støtteordninger som er åpne for alle foretak på en ikke-diskriminerende måte og som bygger på objektive vilkår faller utenfor forbudets

¹⁰⁰ C-379/98 avsnitt 54.

¹⁰¹ C-200/97 avsnitt 40, C-143/99 avsnitt 41. Formuleringen «in the light of the objective» kan føre tankene over til formålet bak tiltaket. For støtteordninger til fornybar energi er det overordnede formålet å fremme produksjon og bruk av fornybar energi. EU-domstolen har imidlertid gjentatte ganger understreket at miljømessige forhold er uten betydning for fastsettelsen av støttebegrepet og selektivitetsvilkåret, det er effekten av tiltaket på konkurransen og samhandelen, og ikke formålet bak tiltaket, som er det avgjørende. Se Alterskjær (2008), s. 39 og Houe (2013), s. 116. Se allikevel Sjøfjell (2015), s. 82-86 der det argumenteres for at C-143/99 kan tas til inntekt for at EU-domstolen har lagt vekt på miljømessige forhold ved vurderingen av hvilke tiltak som er i samme faktiske og rettslige situasjon.

¹⁰² C-143/99 avsnitt 35.

anvendelsesområde.¹⁰³ Grønne sertifikatordninger og feed-in-systemer gjelder kun for en begrenset gruppe foretak innenfor en bestemt sektor, og er følgelig ikke generelle i sin natur.¹⁰⁴

Selektivitetsvilkåret omfatter to former for selektivitet: materiell selektivitet og territoriell selektivitet.¹⁰⁵ Vi skal nedenfor se kort på begge disse formene, og noen av vurderingsspørsmålene disse reiser i tilknytning til støtteordninger til investering i kraftproduksjon.

3.2.3.1 *Materiell selektivitet*

Materiell selektivitet ble i *Adria-Wien Pipeline*-saken definert på følgende måte: «the suitability of a given national measure to grant an advantage to undertakings which are both legally and factually in a comparable situation as other undertakings not enjoying this advantage».¹⁰⁶

I vurderingen av selektiviteten av det nasjonale tiltaket foretas det en komparativ analyse av foretaket som mottar en fordel og andre foretak som er i en sammenlignbar situasjon «legally and factually».¹⁰⁷ EU-domstolen har fastsatt at en støtte kan være selektiv selv der den gjelder for et stort antall foretak eller til og med en hel sektor.¹⁰⁸ Det avgjørende er effekten av støtteordningen.¹⁰⁹

Ved vurderingen av om selektivitetsvilkåret er oppfylt for en støtteordning som tar i bruk grønne sertifikater, er det to elementer som må vurderes. Avhengig av støtteordningens utforming, kan både kvoteplikten og tildelingen av sertifikater til elektrisitetsprodusentene medføre at selektivitetsvilkåret oppfylles.

Så lenge kvoteplikten gjelder tilsvarende for alle foretak som er i en rettslig og faktisk sammenlignbar situasjon, er ikke dette elementet selektivt. Motsetningsvis vil et tiltak som kun

¹⁰³ Et typisk eksempel på generelle tiltak er nasjonale skattetiltak som senker avgiftsnivået for alle foretak uten hensyntagen til økonomisk sektor og landegrenser. Se Banet (2012), s. 173. Bakgrunnen for dette er at nasjonalstatene i utgangspunktet står fritt ved utformingen av sin generelle økonomiske politikk. Alterskjær (2008), s. 38 og 39.

¹⁰⁴ T-445/05 avsnitt 156 og C-66/02 avsnitt 96-99.

¹⁰⁵ Banet (2012), s. 173. Alternativt, ses det hen til den nasjonale myndighetens grad av skjønnsfrihet ved vurderingen av hvem som skal få tildelt støtte. Dette vil ikke vurderes nærmere her.

¹⁰⁶ C-143/99 avsnitt 41.

¹⁰⁷ Banet (2012), s. 172.

¹⁰⁸ C-409/00 avsnitt 48 (et stort antall foretak) og C-66/02 avsnitt 95 og 100 «a whole economic sector», se også C-75/97 avsnitt 33 og C-148/04 avsnitt 45-47.

¹⁰⁹ Alterskjær (2008), s. 40.

etablerer en kvoteplikt for enkelte foretak, være selektivt. Dette kan eksempelvis være tilfellet der det gjøres unntak fra kvoteplikten for energiintensive foretak eller for enkelte fornybar teknologier.¹¹⁰

Det andre elementet som må vurderes er om tildelingen av sertifikater gir en fordel til en bestemt kategori av foretak, jf. «certain undertakings» i TFEU art. 107 (1). I N 550/2000 konkluderer Europakommisjonen med at fornybar energiprodusenter er «a specific group of electricity producers».¹¹¹ Ettersom en grønn sertifikatorordning som regel kun gjelder for produsenter av grønn elektrisitet, vil tiltakene dermed være selektive.¹¹² Det vil også kunne innebære en selektiv fordel for elektrisitet som en vare, der sertifikatene og elektrisiteten selges som en pakke i en kjøpsavtale.¹¹³

For feed-in tariffer vil det kunne foretas en tilsvarende vurdering. Også her er det to elementer som det må ses hen til: kjøpsforpliktelsen pålagt eksempelvis kraftselskapene, og minimumsprisen ved kjøpe av grønn elektrisitet. I motsetning til kvoteplikten under en grønn sertifikatorordning, vil kjøpsforpliktelsen i en feed-in-tariffordning i seg selv være selektiv. En kjøpsforpliktelse for kraftselskaper som tilfellet var i PreussenElektra-saken, gir en bestemt gruppe foretak, produsenter av grønn elektrisitet, en fordel sammenlignet andre produsenter i energisektoren. Minimumsprisen for grønn elektrisitet er også en fordel som i sin natur er selektiv ettersom det kun er utvalgte elektrisitetsprodusenter som nyter godt av en slik ordning.

Begge formene for støtteordninger kan videre være selektive innad, det vil si at de kun tilgodeser enkelte fornybarteknologier. For grønne sertifikatorordninger kan dette komme til uttrykk gjennom at enkelte fornybarteknologier blir tildelt et større antall sertifikater enn andre. Som vi har sett over, kan feed-in-tariffer utformes med graderte satser for forskjellige teknologityper.¹¹⁴ En slik tilnærming kan være nødvendig for å fremme et bredere spekter av fornybar-

¹¹⁰ Banet (2012), s. 174.

¹¹¹ N 550/2000, s. 3.

¹¹² Banet (2012), s. 175, Se allikevel Sjøfjell (2015), s. 83 der C-143/99 på bakgrunn av en motsetningsslutning tolkes dithen at selektivitetsvilkåret ikke ville ha vært oppfylt dersom foretakenes virksomhet hadde medført forskjellig innvirkning på miljøet. En slik formålsbasert tilnærming av miljøhensyn kan tale for at grønn elektrisitetsprodusenter ikke er i en faktisk og rettslig tilsvarende situasjon som elektrisitetsprodusenter som tar i bruk fossile energikilder.

¹¹³ «bundled».

¹¹⁴ Se pkt. 2.4.3.2.

teknologier, som ikke alle er like veletablerte i markedet.¹¹⁵ I vurderingen av den britiske grønne sertifikatordningen (ROC– renewable obligation certificates) som innebar høyere støtte til havvindmølleprosjekter, godtok Europakommisjonen en slik selektiv tilnærming med den begrunnelse at det ville forhindre en overkompensering av enkelte energiprodusenter på bekostning av andre.

Dersom det ikke kan påvises at en fordel er selektiv ved å sammenligne foretak som er sammenfallende faktisk og rettslig, er en annen mulighet å se hen til den ansvarlige myndighetens diskresjonære kompetanse ved tildeling av støtten. Det følger av EU-domstolens praksis at et tiltak kan være selektivt dersom den administrative myndigheten har en «discretionary power».¹¹⁶ I tilfelle der den administrative myndighetens handlingsrom for tildeling av støtte er definert i lov, noe som gjerne er tilfellet både ved grønne sertifikatordninger og feed-in-tariffer, kan ikke denne utveien påberopes.

3.2.3.2 Geografisk selektivitet

Dersom en støtteordning ikke oppfyller vilkåret til materiell selektivitet, kan den allikevel innebærer territoriell selektivitet der den er begrenset til kun å gjelde i en del av territoriet i en medlemsstat.¹¹⁷ Eksempler på territorielt begrensede støtteordninger er feed-in tariffer med en kjøpsforpliktelse som er begrenset til kun å gjelde for grønn elektrisitetsproduksjon regionalt,¹¹⁸ eller grønne sertifikatordninger som begrenser utdelingen av sertifikater til et bestemt område. Den flamske grønne sertifikatordningen som var oppe til vurdering i Essent Belgium-saken er et eksempel på sistnevnte.¹¹⁹ Det avgjørende for om en støtteordning er territorielt selektiv, er den nasjonale kompetansefordelingen. Dersom medlemsstaten er inndelt på en måte som gir deler av landet autonom kompetanse til å etablere støtteordninger vil ikke støtteordningen være territorielt selektiv.¹²⁰ Der dette er tilfellet vil støtteordningen vurderes som et nasjonalt tiltak ved vurdering av om den regnes for å være statsstøtte.¹²¹

¹¹⁵ Se eksempelvis N 65/2010.

¹¹⁶ C-75/97 avsnitt 27.

¹¹⁷ Banet (2012), s. 177.

¹¹⁸ Slik tilfellet var i PreussenElektra-saken C-379/98.

¹¹⁹ Kompetansefordeling mellom de ulike regionene i Belgia gjør at belgiske støtteordninger kan trekkes frem som eksempler på territoriell selektivitet.

¹²⁰ Banet (2012), s. 178.

¹²¹ C-248/84 avsnitt 17.

3.2.4 Vrir eller truer med å vri konkurransen og påvirker samhandelen mellom medlemsstatene

Det er videre et vilkår at støttetiltaket vrir eller truer med å vri konkurransen, og at tiltaket påvirker samhandelen mellom medlemsstatene. Disse to vilkårene er kumulative og nært knyttet sammen. Støtteordningens betydning for samhandelen vil vurderes nærmere i avsnitt 3.5.5. Her vil det kun påpekes at det skal lite til for at dette vilkåret anses oppfylt.¹²²

Det er ikke noe krav at virkningen på konkurransen er betydelig. Det er heller ikke nødvendig å bevise at tiltaket faktisk har virkninger for konkurransen.¹²³ Dette følger direkte av bestemmelsens ordlyd som kun krever at det foreligger en trussel for at tiltaket vrir konkurransen. Til tross for at grønne sertifikatordninger og feed-in tariff er markedsbaserte instrumenter, vil de normalt vri konkurransen. Dette skyldes at begge disse formene for støtteordning karakteriseres som driftsstøtte. Driftsstøtte er ment å avlaste produsenter av grønn elektrisitet, med utgifter som virksomheten normalt må ta høyde for i sin daglige drift. Slik støtte vil i prinsippet innebære en vridning av konkurransen.¹²⁴ Det skal mye til for at EU-domstolen kommer til at dette vilkåret ikke er oppfylt.

3.2.5 Støtte gitt av statsmidler

3.2.5.1 Innledning

Avslutningsvis må det dreie seg om «aid granted by a Member State or through State resources in any form».¹²⁵ Dette kriteriet har vært gjenstand for en omfattende rettspraksis, og har dannet grunnlag for flere forskjellige tolkninger. Et sentralt spørsmål har vært om statsmidler har vært et nødvendig element for å kategorisere en støtte for statsstøtte etter TFEU art. 107 (1). Vilkåret har spilt en sentral rolle når det gjelder kategoriseringen av nasjonale støtteordninger til fornybar energi under statsstøtteregelverket.¹²⁶ Her skal det ses nærmere på to forhold som gjør at grønne sertifikatordninger og feed-in-tariffer kan anses å oppfylle vilkåret. For det første skal vi se på de tilfellene der nasjonale myndigheter etablerer et fond forvaltet av staten/offentlig organ for utbetaling av støtten. For det andre vil det ses nærmere på de tilfellene der kostnaden pålegges offentlig eide kraftselskaper. EU-domstolens snevre tolk-

¹²² Generaladvokat Jacobs innstilling i C-278-280/92.

¹²³ Bacon (2013), s. 82-83.

¹²⁴ T-214/95 avsnitt 43.

¹²⁵ TFEU art. 107 (1).

¹²⁶ Se blant annet C-379/98, C-262/12, N 550/2000.

ning av vilkåret har åpnet døren for at medlemsstatene kan utforme konkurransevridende støtteordninger, som ikke faller inn under statsstøtteregelverket fordi vilkåret ikke anses å være oppfylt.¹²⁷ Den snevre tolkningen til EU-domstolen i PreussenElektra-saken av dette kriteriet har av den grunn blitt kritisert.¹²⁸

Under skal vi se nærmere på hva som ligger i vilkåret slik det er tolket av EU-domstolen, og hvilken betydning denne tolkningen har for grønne sertifikatordninger og feed-in-tariff-systemer.

3.2.5.2 Støtte gitt av statsmidler, og/eller støtte gitt av staten?

Kravet om at støtten må være gitt av statsmidler ble satt på spissen i PreussenElektra-saken. Saken omhandlet en støtteordning i den tyske Stromeinspeisungsgesetz som påla kraftselskaper å kjøpe elektrisitet fra fornybare energikilder produsert på eget forsyningsområde, til en minimumspris høyere enn den reelle verdien av elektrisiteten.¹²⁹ Under den tyske støtteordningen ble den økonomiske byrden av kjøpsforpliktelsen pålagt private kraftselskaper, som igjen overførte kostnaden til sluttbrukerne gjennom prising av elektrisiteten. Kraftselskapet PreussenElektra anla sak for nasjonale domstoler med påstand om at støtteordningen innebar ulovlig statsstøtte.

Tvilsspørsmålet i saken knyttet seg til hvorvidt vilkåret innebar at enhver fordel gitt av staten kunne anses for å være statsstøtte, uavhengig av om fordelene innebar en overføring av statlige midler. Generaladvokat Jacobs formulerte spørsmålsstillingen på følgende måte: «Is financing through State resources a constitutive element of the concept of State aid under the Court's existing case-law?». ¹³⁰

Formuleringen av vilkåret i TFEU art. 107 (1) gir tilsynelatende anvisning på to alternative elementer; støtten må enten være gitt av statsmidler *eller* på annen måte være gitt av staten. En slik tolkning av vilkåret innebærer at ethvert tiltak som overfører en økonomisk fordel til

¹²⁷ C-262/12 avsnitt 22.

¹²⁸ Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98, se avsnitt 137-145, se særlig sistnevnte avsnitt, og C-206/06 (Essent Netwerk Noord) avsnitt 65 flg., Biondi (2006), s. 1434 flg. med videre henvisninger, og Johnston (2014), s. 26.

¹²⁹ C-379/98.

¹³⁰ Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 113.

et foretak, og som er et resultat av statens handlinger, innebærer statsstøtte, uavhengig av om det faktisk har skjedd en overføring av statlige midler.¹³¹ Europakommisjonen har lenge støttet opp om en slik vid forståelse av vilkåret.¹³² Det kan også finnes eksempler i EU-domstolens rettspraksis som er i tråd med dette.¹³³ EU-domstolen har imidlertid i flere saker tatt avstand fra å se på disse to elementene som alternative, og fastholdt at en fordel må være gitt direkte eller indirekte av statsmidler for å omfattes av TFEU art. 107 (1).¹³⁴ Et eksempel på dette er Van Tiggele-saken der et nasjonalt tiltak som fastsatte en minimumspris for sprit ble anført å være i strid med forbudet for statsstøtte. EU-domstolen kom her til at dette ikke kunne være tilfellet ettersom tiltaket ikke medførte en økonomisk byrde for staten, kun for forbrukeren.¹³⁵

I PreussenElektra-saken oppfordret Europakommisjonen EU-domstolen til å revurdere denne rettspraksisen.¹³⁶ Europakommisjonen anførte at en slik vid tolkning av vilkåret var nødvendig for å bevare en effektiv kontroll gjennom statsstøtteregelverket og verne mot vridning av konkurransen.¹³⁷

Selv om det forelå argumenter for en vid forståelse av vilkåret, kom Generaladvokat Jacobs til at: «financing through State resources is a necessary element of the concept of State aid».¹³⁸ Dette begrunnet han blant annet i ordlyden til TFEU art. 107 (1), kapitteloverskriften, bestemmelsen lest i sammenheng med øvrige konkurranseregler og hensynet til rettslig forutberegnelighet.¹³⁹ Han konkluderte med at «financing through State resources is a constitutive element of the concept of State aid under Article 92(1) [TFEU art. 107 (1)] of the Treaty and that the Court should not depart from its case-law».¹⁴⁰ EU-domstolen sluttet seg til General Jacobs snevrere forståelse av vilkåret:

¹³¹ Biondi (2006), s. 1432 og Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 115.

¹³² Biondi (2006), s. 1432.

¹³³ C-67,68 og 70/85 avsnitt 28 og 32-38, C-290/83, C-213-215/81 avsnitt 22 flg.

¹³⁴ C-379/98 avsnitt 58, C-189/91 avsnitt 17, C-82/77 avsnitt 24 og 25. Se også Bacon (2013), s. 20 og Biondi (2006), s. 1432. Se Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 146 flg.

¹³⁵ C-82/77 avsnitt 25.

¹³⁶ Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 146.

¹³⁷ C-379/98 avsnitt 63. se videre Biondi (2006), s. 1434.

¹³⁸ Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 150.

¹³⁹ Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 151-158.

¹⁴⁰ Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 159.

«[T]he case-law of the Court of Justice shows that only advantages granted directly or indirectly through State resources are to be considered aid within the meaning of Article 92(1) [TFEU art. 107 (1)]. The distinction made in that provision between 'aid granted by a Member State' and aid granted 'through State resources' does not signify that all advantages granted by a State, whether financed through State resources or not, constitute aid but is *intended merely to bring within that definition both advantages which are granted directly by the State and those granted by a public or private body designated or established by the State*»¹⁴¹

Denne uttalelsen gir klart uttrykk for at ikke enhver fordel gitt av staten kan innebære statsstøtte. Et grunnleggende element er at det skjer en direkte eller indirekte overføring av statlige midler. EU-domstolen gjorde følgelig et endelig oppgjør med den vide forståelsen av vilkåret anført av Europakommisjonen i denne saken.

3.2.5.3 Støtte gitt direkte eller indirekte av statsmidler

3.2.5.3.1 Innledning

Det fremgår av EU-domstolens avgjørelse i PreussenElektra-saken at støtten må være gitt direkte eller indirekte av statsmidler.¹⁴² I dette ligger at ikke enhver fordel fra staten eller offentlig organ er statsstøtte. Det må være snakk om en overføring av statsmidler. I henhold til EU-domstolen er statlige midler «all the financial means by which the public authorities may actually support undertakings».¹⁴³ En vurdering som alene knytter seg til eksistensen av statsmidler, kan medføre at anvendelsesområdet for bestemmelsen blir for stort. EU-domstolen har av den grunn lagt vekt på supplerende kriterier der man står overfor tiltak som ikke direkte involverer statsmidler.¹⁴⁴ For at det skal dreie seg om statsmidler må midlene være i statlig kontroll. Det er videre et vilkår at støtten kan tilskrives staten. I dette ligger at selv om staten er i en posisjon der den kan utøve kontroll over midlene, kan det ikke presume-

¹⁴¹ C-379/98 avsnitt 58, min kursivering.

¹⁴² C-379/98 avsnitt 58.

¹⁴³ C-482/99 avsnitt 37, se Banet (2012), s. 184.

¹⁴⁴ Banet (2012), s. 184.

res at den faktisk utøver en slik kontroll i det aktuelle tilfellet.¹⁴⁵ Disse to kriteriene er kumulative.¹⁴⁶ Vesterdorf viser til tre spørsmål som må stilles når det skal vurderes om vilkåret er oppfylt:

« [W]here does the money come from? », «does the State directly or indirectly control the resources in question? », «if the answer to the second question is yes it is necessary to assess whether the transfer of the resource is imputable to the State»¹⁴⁷

I det videre vil jeg ta utgangspunkt i de to førstnevnte spørsmålene og vurdere enkelte trekk ved grønne sertifikatordninger og feed-in tariffier opp mot reglene utmeislet i rettspraksis.

3.2.5.3.2 « [W]here does the money come from? »

Det første spørsmålet som må stilles er hvor midlene som betaler for feed-in-tariffer og grønne sertifikater kommer fra. Vesterdorf utdyper spørsmålet på følgende måte: «The question is here; do the funds originate –directly or indirectly –from the State coffers».¹⁴⁸ Dette inkluderer midler fra staten/offentlige organer, men også private foretak der staten har en eierandel.

Hvor midlene kommer fra vil, som nevnt, avhenge av støtteordningens utforming. Feed-in tariffier utformes gjerne med en kjøpsforpliktelse kombinert med en minimumspris.¹⁴⁹ I grønne sertifikatordninger etableres det en kvoteplikt og eventuelt en plikt til å kjøpe sertifikater for enkelte aktører.¹⁵⁰

Der kostnadene ved denne forpliktelsen bæres av private parter følger det av PreussenElektra-saken at støtteordningen ikke innebærer en direkte eller indirekte overføring av statlige midler.¹⁵¹ I Feed-in-tariffen som var gjenstand for prøving i PreussenElektra-saken, ble kostnade-

¹⁴⁵ Vesterdorf (2005), s. 397, gir en ikke uttømmende liste av vurderingsmomenter finnes i C-482/99 avsnitt 56. Om kriteriet er oppfylt må vurderes i tilknytning til en konkret sak. Det vil derfor ikke foretas en nærmere vurdering av vilkåret her.

¹⁴⁶ C-482/99 avsnitt 24.

¹⁴⁷ Vesterdorf (2005).

¹⁴⁸ Vesterdorf (2005) s. 398.

¹⁴⁹ Vesterdorf (2009), s. 29.

¹⁵⁰ Banet (2012), s. 186, se Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 163.

¹⁵¹ C-379/98 avsnitt 59.

ne for støtteordningen pålagt private kraftselskaper. At staten fastsetter kvoteplikten eller kjøpsforpliktelsen kan ikke i seg selv medfører at midlene blir statlige ressurser.¹⁵² Dette ville være en utvidende tolkning i strid med den snevre tilnærmingen valgt av EU-domstolen i PreussenElektra-saken. Staten kan ikke på noe tidspunkt i en slik ordning utøve kontroll med midlene.¹⁵³

Tilsvarende må gjelde der det er snakk om grønne sertifikatordninger som pålegger en kvoteplikt på enkelte aktører (sertifikatpliktige) i elektrisitetssektoren der disse er private. Dette fremgår blant annet av Europakommisjonens vurdering i N 550/2000 som omhandlet en flamsk grønn sertifikatordning. Europakommisjonen kom her til at transaksjonene mellom sertifikatpliktige og besittere av sertifikatene ikke kunne sies å involvere statsmidler.¹⁵⁴

Et spørsmål som må stilles i denne sammenheng er imidlertid om statsmidler kan sies å være involvert der de aktørene som pålegges kostnadene gjennom kjøpsforpliktelse eller kvoteplikt i stor utstrekning er eid av staten.¹⁵⁵ Situasjonen vil her være at foretakene får en redusert inntekt som følge av den pålagte plikten, og at der disse foretakene er statseide vil dette medføre en redusert inntekt for staten. Staten gir følgelig fra seg en inntekt, og støtten må sies å utgjøre en byrde for staten i samsvar med vurderingstemaet i Ecotrade-saken.¹⁵⁶

I PreussenElektra-saken vurderte Generaladvokat Jacobs spørsmålstillingen på oppfordring fra Europakommisjonen som anførte at feed-in-tariffen måtte innebære overføring av statsmidler ettersom enkelte av de forpliktete foretakene var helt eller delvis statseid.¹⁵⁷ Jacobs ga uttrykk for at EU-domstolens rettspraksis ikke ga et entydig svar på hvorvidt en slik situasjon skulle kunne anses som statsmidler.¹⁵⁸ Han kom imidlertid med to presiseringer i tilfellet rettspraksis omfattet et slikt tilfelle. For det første viste han til at det ikke kan dreie seg om

¹⁵² Banet (2012), s. 187 som trekker parallell til C-82/77 avsnitt 24.

¹⁵³ C-83/98 avsnitt 50.

¹⁵⁴ For en nærmere behandling, se Banet (2012), s. 187.

¹⁵⁵ Banet (2012), s. 190 skiller mellom to tilfeller: for det første tilfellet der kvoteobligasjonen eller kjøpsforpliktelsen er pålagt selskapene uavhengig av om de er statseide eller privateide, og det andre tilfellet der offentligeide selskaper som eneste aktør pålegges en kjøpsforpliktelse eller en kvoteforpliktelse med plikt til å kjøpe sertifikater eller grønn elektrisitet.

¹⁵⁶ C-200/97 jf. Banet (2012), s. 191: «where the Court set that it is sufficient for the measure to have ‘potential burden’ for the state to be qualified as state aid».

¹⁵⁷ Generaladvoakt Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 168.

¹⁵⁸ Generaladvoakt Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 173.

statsmidler «merely because one or a small number of undertakings of the latter group are partially or totally owned by the State».¹⁵⁹ Ifølge Jacobs ville en slik forståelse av støtte gitt av statlige midler gjøre at et stort antall rettsakter som regulerer forholdet mellom foretak omfattes av statsstøtteregelverket.

«Moreover, it would have absurd results in that a Member State would probably have to exempt the publicly owned undertakings from the obligations affecting the other undertakings in order to comply with the State aid rules. That would obviously distort competition between the different types of undertakings on the financing side of the measure»¹⁶⁰

Generaladvokat Jacobs konkluderte med at en støtteordning som er finansiert utelukkende gjennom foretak «incorporated under private law of which apparently a majority is privately owned» ikke kunne innebære støtte gitt av statsmidler.¹⁶¹ EU-domstolen foretok en konkret vurdering av eieforholdene i selskapene som var omfattet av kjøpsforpliktelsen i PreussenElektra-saken og kom til samme konklusjon som Jacobs.¹⁶²

Situasjonen kan tenkes å bli en annen dersom forpliktelsen utelukkende er pålagt statseide selskaper. Et slikt tilfelle kan bli satt på spissen dersom en kjøpsforpliktelse eller en kvoteplikt blir pålagt kraftselskapene, eksempelvis i et land som Norge, der produksjonsselskapene i all hovedsak er statseid.¹⁶³ Her vil det være nødvendig å se hen til oppbyggingen av de aktuelle foretakene, og graden av kontroll utøvd av staten.¹⁶⁴ Hva som ligger i dette kontrollelementet definert av EU-domstolen, skal vi se på under.

3.2.5.3.3 « [D]oes the State directly or indirectly control the resources in question? »

Kontrollelementet ble nærmere presisert i Stardust Marine-saken der EU-domstolen konkluderte med at TFEU art. 107 (1):

¹⁵⁹ Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 175.

¹⁶⁰ Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 175.

¹⁶¹ Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 177.

¹⁶² C-379/98 avsnitt 55.

¹⁶³ Olje- og Energidepartementet, «Fakta 2008: Energi og vannressurser i Norge», s. 75-76.

¹⁶⁴ Banet (2012), s. 190.

«[C]overs all the financial means by which the public authorities may actually support undertakings, *irrespective of whether or not those means are permanent assets of the public sector*. Therefore, even if the sums corresponding to the measure in question are not permanently held by the Treasury, the fact that they *constantly remain under public control*, and therefore available to the competent national authorities, is sufficient for them to be categorised as State resources»¹⁶⁵

Det følger av dette utdraget at staten/det offentlige organet ikke må være i besittelse (eie) av de aktuelle midlene til enhver tid. Det avgjørende er om midlene kontinuerlig er under statens kontroll.

I CIDEF-saken fra 2013 utpensler EU-domstolen videre innholdet av kontrollelementet.¹⁶⁶ I denne saken var spørsmålet om en beslutning fattet av franske myndigheter, som påla kalkunoppdrettere medlemskap i en forening for kalkunoppdrettere (CIDEF), kunne anses for å være statsstøtte, jf. TFEU art. 107 (1).¹⁶⁷ Med pliktig medlemskap fulgte innbetaling av obligatorisk kontingent som CIDEF igjen brukte til å fremme medlemmenes (kalkunoppdretternes) interesser. Det springende punktet var om disse midlene kunne sies å være statsmidler ettersom medlemskap og kontingent var et pålegg fra franske myndigheter. EU-domstolen kom her til at ordningen ikke involverte statsmidler ettersom nasjonale myndigheter «cannot actually use the resources resulting from the contributions (...) to support certain undertakings».¹⁶⁸ CIDEF «decides how to use those resources, which are entirely dedicated to pursuing objectives determined by that organisation. Likewise, those resources are not constantly under public control and are not available to State authorities».¹⁶⁹

I motsetning til hva som var tilfellet i Vent de Colère!-saken, som vi skal se nærmere på under, var staten: «simply acting as a ‘vehicle’ in order to make the contributions introduced by the inter-trade organisations compulsory, for the purposes of pursuing the objectives estab-

¹⁶⁵ C-482/99 avsnitt 37 med videre henvisninger, min kursivering. Tilsvarende formulering har blitt brukt i de nyere avgjørelsene T-25/07 avsnitt 25 og C-677/11.

¹⁶⁶ C-677/11.

¹⁶⁷ C-677/11 avsnitt 23.

¹⁶⁸ C-677/11 avsnitt 36.

¹⁶⁹ C-677/11 avsnitt 36.

lished by those organisations.»¹⁷⁰ Dette er følgelig i samsvar med domstolens tidligere praksis på området.¹⁷¹ Det interessante ved denne avgjørelsen, som påpekt av Johnston, ligger i detaljene i begrunnelsen gitt av EU-domstolen og Generaladvokat Wathelet.¹⁷² EU-domstolen peker på at de franske myndighetene ikke hadde til hensikt å gjennomføre politiske målsettinger ved beslutningen om å gjøre medlemskap i CIDEF obligatorisk.¹⁷³ Denne avgjørelsen kan ifølge Johnston, tas til inntekt for at kontrollelementet i fremtidige saker kan være oppfylt dersom medlemsstatenes nasjonale myndigheter har et klart politisk formål med tiltaket, og forsøker å kontrollere at disse formålene realiseres av det aktuelle foretaket/foreningen.¹⁷⁴ En slik utvikling vil kunne ha stor betydning for nasjonale støtteordninger til fornybar energi som utformes med sikte på å omgå reglene for statsstøtte.

Kontrollelementet har spilt en sentral rolle i vurderingen av grønne sertifikatordninger der det etableres et re-distribueringsfond kontrollert av staten/offentlig organ. Det samme gjelder feed-in-tariffer der støtten betales av sluttbrukerne, men overføres til et fond som deretter allokterer midlene til utvalgte produsenter av grønnelektrisitet. Vent de Colère!-saken kan illustrere betydningen av kontrolelementet ved vurderingen av en støtteordning med et slikt re-distribueringsfond.

Saken omhandlet en fransk støtteordning der kostnadene ved støtten til fornybar energi var pålagt elektrisitetsdistributører gjennom en kjøpeforpliktelse. Kostnadene ved støtteordningen ble imidlertid overført til sluttbrukeren via tariffer for nettverksbruk ilagt av nettoperatørene, som deretter ble overført til et fond for den offentlige elektrisitetstjenesten, forvaltet av la Caisse des dépôts et consignations.¹⁷⁵ Midlene ble satt inn på en egen konto, for så å bli tilbakebetalt til de kjøpeforpliktete elektrisitetsdistributørene.¹⁷⁶ Bak dette fondet stod staten som

¹⁷⁰ C-677/11 avsnitt 40.

¹⁷¹ C-379/98, C-482/99, C-345/02.

¹⁷² Generaladvokat Wathelets innstilling i C-677/11.

¹⁷³ C-677/11 avsnitt 39.

¹⁷⁴ Johnston (2014), s. 30.

¹⁷⁵ Generaladvokat Jääskinen innstilling i C-262/12 avsnitt 14.

¹⁷⁶ Generaladvokat Jääskinen innstilling i C-262/12 avsnitt 11, se C-78/76 der EU-domstolen oppstiller tre kumulative vilkår for om fondet innebærer statsstøtte, jf. N 504/2000 og N 789/2002 der støtteordninger til fornybar energi som opererte med et fond for å garantere for elektrisitetsprisen til produsenter av grønn elektrisitet.

garantist dersom avgiftene samlet inn fra sluttbrukerne ikke fullt ut dekket kostnadene elektrisitetsdistributørene hadde pådratt seg.

EU-domstolen kom her til at slik støtteordningen var utformet, med fond forvaltet av la Caisse des dépôts et consignations som var et offentlig organ,¹⁷⁷ og en garantiordning der staten stod som garantist, innebar at midlene var under offentlig kontroll. Ved utbetalinger av dette fondet skjedde det dermed en overføring av statlige midler.¹⁷⁸ EU-domstolen begrunnet konklusjonen sin i henhold til PreussenElektra-avgjørelsen:¹⁷⁹

«Consequently, the funds at issue [in PreussenElektra] could not be considered a State resource since they were *not at any time under public control* and there was no mechanism, such as the one at issue in the main proceedings in the present case, established and regulated by the Member State, for offsetting the additional costs arising from that obligation to purchase and through which the State offered those private operators the certain prospect that the additional costs would be covered in full»¹⁸⁰

Som vi har sett er det ikke avgjørende at støtten gis direkte av statskassen. Avgjørende er om staten kan utøve og utøver en kontroll med bruken av de aktuelle midlene. I CIDEF-saken dreide det seg ikke om statsstøtte ettersom staten/franske myndigheter ikke hadde mulighet til å kontrollere hvordan midlene ble brukt. I Vent de Colère!-saken var kontrollelementet fremtredende ettersom utbetalingene til elektrisitetsprodusentene skjedde gjennom et fond som var forvaltet av et offentlig organ. Franske myndigheter kunne følgelig kontrollere hvem som skulle få støtte, og til hvilket formål midlene skulle brukes. EU-domstolen la her også vekt på at de kjøpsforpliktete elektrisitetsdistributørene ikke løp noen risiko for tapte utgifter ettersom staten stod bak fondet og garanterte full kompensasjon.

¹⁷⁷ C-262/12 avsnitt 30-32.

¹⁷⁸ C-262/12 avsnitt 33-37.

¹⁷⁹ C-262/12 avsnitt 34 «All those factors taken together serve to *distinguish* the present case from that which gave rise to the judgment in PreussenElektra».

¹⁸⁰ C-262/12 avsnitt 36.

3.2.5.4 Kritikken av *PreussenElektra*-avgjørelsen

Den snevre tolkningen til EU-domstolen i *PreussenElektra*-saken av vilkåret gitt av statsmidler har blitt kritisert.¹⁸¹ Den generelle kritikken mot EU-domstolens snevre tolkning av vilkåret knytter seg i hovedsak til to forhold.

For det første kritiseres EU-domstolen for å vektlegge formålet bak det nasjonale tiltaket i vurderingen av om vilkåret er oppfylt.¹⁸² Selv om EU-domstolen ikke åpent bygger på miljøhensyn i vurderingen av støtteordningen, ble det i *PreussenElektra*-saken satt en grense for den effektbaserte tilnærmingen til statsstøtteforbudet som kjennetegner vurderingen av TFEU art. 107 (1).¹⁸³ Dette kan tale for at det er rom for å ta i betraktning andre hensyn i vurderingen av om de fire kumulative vilkårene er oppfylt. Sjøfjell og Wiesbrock argumenterer for at TFEU art. 11¹⁸⁴ tilsier at miljøhensyn må tas med i betraktning ved alle EU-institusjonenes aktiviteter,¹⁸⁵ også i vurderingen av statsstøtteforbudet.¹⁸⁶ En slik formålsrettet tilnærming er i sterk kontrast til den effektbaserte tilnærmingen EU-domstolen har vist ved vurderingen av de øvrige vilkårene i statsstøtteforbudet jf. TFEU art. 107 (1). Det kan hevdes at en formålsorientert tilnærming kompromitterer hensynet bak statsstøtteregulverket om å sikre at enkelte foretak ikke mottar fordeler, som igjen vrir konkurransen. Også traktatens system, som åpner for å ta i betraktning formålet bak det nasjonale tiltaket ved vurderingen av om statsstøtte kan anses forenlig med traktaten, jf. TFEU art. 107 (2) og (3), taler mot å trekke inn hensynet til andre formål i forbudsvurderingen i (1) ledd.¹⁸⁷

Det andre argumentet mot EU-domstolens snevre tilnærming er at statsstøtteforbudet skal sikre konkurranse på like vilkår og at vurderingen av tiltak etter TFEU art. 107 (1) følgelig

¹⁸¹ Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98, se avsnitt 137-145, se særlig sistnevnte avsnitt, og C-206/06 avsnitt 65 flg., Biondi (2006), s. 1434 flg. med videre henvisninger, og Johnston (2014), s. 26.

¹⁸² Biondi (2008), s. 1435 peker på EU-domstolens rettspraksis som i all hovedsak knytter seg til saker om miljø- og arbeidsrett,

¹⁸³ Rubini (2009), s. 283-284

¹⁸⁴ Tilsvarende bestemmelse finnes ikke i EØS-avtalen. Både EØS-avtalens art. 1 og fortalen pkt. 10 og 11 kan imidlertid gi grunnlag for å fange de tilfellene der TFEU art. 11 anvendes i EU. Homogenitetsbetraktninger tilsier videre at EØS-retten vil tolkes på samme måte som tilsvarende regler i EU. Ettersom bruken av TFEU art. 11 vil gi medlemsstatene større handlingsrom, gjør ikke suverenitetshensyn seg gjeldende.

¹⁸⁵ Sjøfjell (2015), s. 75: «Article 11 TFEU requires the EU institutions to prioritise environmental protection at all stages of defining and implementing EU policies. ».

¹⁸⁶ Sjøfjell (2015), s. 75-86.

¹⁸⁷ Biondi (2006), s.1431 der han trekker en parallell til TFEU art. 34 og art 36 etter *Dassonville*-saken.

burde ha som overordnede mål å forhindre vridning av konkurransen. Et slikt argument ble fremholdt av Europakommisjonen i PreussenElektra-saken. Europakommisjonen argumenterte for at det var nødvendig å tolke statsstøtteforbudet vidt, det vil si til også å omfatte støtteordninger som er iverksatt av staten, men finansiert av private foretak, for å bevare en effektiv kontroll gjennom statsstøttereguleringen og verne mot vridning av konkurransen.¹⁸⁸ Ifølge Europakommisjonen innebar den tyske støtteordningen en vridning av konkurransen på to måter.¹⁸⁹ For det første innebar ordningen at produsenter av grønn elektrisitet mottok en betydelig mengde støtte gjennom den fastsatte minimumsprisen som de selv kunne øke ved å øke produksjonen og redusere produksjonskostnadene. Videre medførte støtteordningen at produsenter av grønn elektrisitet ble skjermet fra enhver risiko for overkapasitet eller prisendringer i markedet.¹⁹⁰ For det andre pekes det på at «a State measure conferring specific advantages on certain undertakings does not become less anticompetitive where it is financed through private and not through public resources».¹⁹¹ I PreussenElektra-saken var det produsenter av konvensjonell elektrisitet som betalte for støtteordningen. Som påpekt av Biondi og Generaladvokat Jacobs i sin innstilling i PreussenElektra-saken, medførte dette at konkurransen mellom de forskjellige elektrisitetsprodusentene ble påvirket i større grad enn hva som ville ha vært tilfellet dersom det var snakk om en «simple State subsidy financed from the general budget».¹⁹²

Disse to argumentene mot EU-domstolens snevre tilnærming til vilkåret, kan reduseres til ett overordnet argument *for* en vid tilnærming av vilkåret basert på en vurdering av effekten av det nasjonale tiltaket.¹⁹³

Som påpekt av Johnston, er resultatet av EU-domstolens snevre tolkning i PreussenElektra-saken, at «different treatment [is] being given under State aid law to functionally interchangeable State measures (e.g. such feed-in tariffs compared with specific taxation) which redis-

¹⁸⁸ C-379/98 avsnitt 63. se videre Biondi (2006), s. 1434.

¹⁸⁹ Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 140-142.

¹⁹⁰ Biondi (2006), s. 1435.

¹⁹¹ Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 139.

¹⁹² Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 142.

¹⁹³ Biondi (2006), s. 1435.

tribute private resources to support other undertakings». ¹⁹⁴ Støtteordninger til fornybar energi behandles følgelig forskjellig avhengig av hvem det er som allokterer midlene. ¹⁹⁵ EU-domstolens tolkning innebærer følgelig at medlemsstatene kan utforme støtteordninger som vrir konkurransen bort fra statsstøtteregelverket med forholdsvis enkle grep. ¹⁹⁶

Jeg mener imidlertid at EU-domstolens vektlegging av kontrollelementet ved vurderingen av statsmiddelvilkåret, se pkt. 3.2.5.3.3, kan tas til inntekt for at vilkåret har et videre anvendelsesområde enn det som tilsynelatende følger av *PreussenElektra*-saken. Et eksempel her er EU-domstolens vurdering av den over omtalte franske støtteordningen i *Vent de Colère*!-saken. EU-domstolen kom der til at støtten innebar statsmidler, til tross for at midlene stammet fra private parter, med den begrunnelse at staten førte kontroll med midlene. I lys av den forutgående *PreussenElektra*-avgjørelsen, var dette et overraskende utfall for franske myndigheter som hadde forsøkt å rette seg etter denne avgjørelsen. ¹⁹⁷ Kontrollelementet er gjenstand for stadige presiseringer i rettspraksis, og siste ord fra EU-domstolen i den sammenheng er trolig ikke sagt. Dette gjør at grensen mellom de tiltakene som går klar etter *PreussenElektra*-avgjørelsen, og de som innebærer støtte gitt av statsmidler som en følge av kontroll fra statens side, ikke er klar. Den franske støtteordningen i *Vent de Colère*!-saken kan sies å ha vært et offer for denne uklare gresedragningen.

Kontrollelementet kan på den måten begrense de negative konsekvensene av den snevre tolkning i *PreussenElektra*-saken for statsstøttereglenes anvendelsesområde. Som vi skal se, benytter Europakommisjonen seg av de åpningene EU-domstolens kontrollvurdering har gitt i rettspraksis for å definere nasjonale støtteordninger til fornybar energi inn under statsstøtteregelverket.

¹⁹⁴ Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 163: «According to the Commission and *PreussenElektra* the mechanism established by the StrEG 1998 converts private resources into public resources. In their view, it has effects analogous to the ones produced by taxation in that it withdraws resources from the private sphere and commits them to a public interest objective. That is particularly evident as regards the obligation to pay compensation under Paragraph 4(1) of the StrEG 1998. Under that provision upstream suppliers have to pay money to downstream distributors without receiving anything in return. There is thus no relevant difference between the present case and cases in which parafiscal charges are used to finance aid measures. » og Nicolaidis (2014).

¹⁹⁵ «As are result of the reasoning of the Court in *PreussenElektra*, it appears that a distinction has to be made between the different ways of administering the relevant RES support schemes. », Johnston (2014), s. 26.

¹⁹⁶ C-262/12 avsnitt 22.

¹⁹⁷ Johnston (2014), s. 28.

3.2.5.5 Europakommisjonens vurdering av vilkåret i den tyske fornybar energiakten (EEG 2014)

Som vi har sett var Europakommisjonen kritisk til EU-domstolens tolkning av statsmiddelevilkåret i PreussenElektra-saken, og har i ettertid forsøkt å begrense rekkevidden av avgjørelsen gjennom egen praksis.¹⁹⁸ Europakommisjonen ønsker tilsynelatende å ta tilbake kontrollen med medlemsstatenes støtteordninger til fornybar energi, og utnytter EU-domstolens uklare grensedragning på området for vilkåret. Det avgjørende vurderingstemaet i Europakommisjonens vurdering av nasjonale støtteordninger har følgelig vært om midlene kan sies å ha vært under statlig kontroll.¹⁹⁹ Europakommisjonens vurdering av den nye tyske fornybar energiakten (EEG 2014), kan illustrere denne tendensen.²⁰⁰ I vurderingen av EEG 2014 kom Europakommisjonen til at vilkåret «støtte gitt direkte eller indirekte av statsmidler» var oppfylt og at støtteordningen dermed var å kategorisere som statsstøtte, jf. TFEU art. 107 (1).

EEG 2014 er en videreføring av feed-in-tariff-ordningen som ble vurdert i PreussenElektra-saken fra 2001. I EEG 2014 har imidlertid tyske myndigheter innført et tilleggsgebyr (surcharge jf. § 60 og § 61) for distributører og enkelte sluttbrukere. Dette tilleggsgebyret er ment å avlaste nettverkselskapene (TSO) for den kostnaden de har som følge av en plikt til å kjøpe grønn elektrisitet fra distributørene (DSO), til en pris tilsvarende markedspris for elektrisiteten og feed-in-tariffen/premien.

Europakommisjonen peker hovedsakelig på to trekk ved feed-in tariffen i EEG 2014 som gjør at den skiller seg fra tidligere feed-in-tariff omhandlet i PreussenElektra-saken:

« *first* under the EEG 2014 the State has designated the TSOs to manage a State resource. *Second*, they are not bound by an obligation to purchase by means of their own financial resources. On the contrary a mechanism is in place that is established and regulated by Germany for offsetting the additional costs arising from the obligation to purchase the electricity for pay the market premium and through which the State offers the TSOs the certain prospect that the additional costs will be covered in full»²⁰¹

¹⁹⁸ Johnston (2014), s. 30-31.

¹⁹⁹ Se pkt. 3.2.5.3.3.

²⁰⁰ SA.38632, s. 47-57.

²⁰¹ SA.38632, s. 57, avsnitt 219, min kursivering.

Europakommisjonen viser her til EU-domstolens praksis i Vent de Colère! og CIDEF-sakene. I motsetning til hva som var tilfellet i CIDEF-saken, der EU-domstolen kom til at staten ikke kunne sies å ha tilstrekkelig kontroll med midlene, mener Europakommisjonen at kontroll-elementet i EEG 2014 er oppfylt. Europakommisjonen vektlegger at den tyske staten har «defined the purpose and destination of the surcharge»,²⁰² og at staten kan «influence the administration of the funds», jf. EU-domstolens uttalelser i CIDEF-saken.²⁰³ Europakommisjonen viser videre til at nettverksselskapene er sikret full kompensasjon for kostnadene ved kjøpeforpliktelsen gjennom tilleggsgebyret, og at nettverkselskapene «cannot use the EEG-surcharge to finance any other type of activity, and financial flows are to be kept on separate accounts», jf. Vent de Colère!-saken.²⁰⁴

Det er uenighet om Europakommisjonens vurdering av EEG 2014 er i samsvar med EU-domstolens avgjørelse i PreussenElektra-saken. Sandberg m.fl. er skeptiske til Europakommisjonens vurdering, med den begrunnelse at det ikke kan sies å være et skille av betydning mellom tilfellet i PreussenElektra og EEG 2014.²⁰⁵ Andre mener at vurderingen er i tråd med den utviklingen man kan lese ut av EU-domstolens avgjørelser i blant annet CIDEF og Vent de Colère!.²⁰⁶ Jeg slutter meg til sistnevnte forståelse.

Uansett standpunkt, kan Europakommisjonens vurdering tas til inntekt for at Europakommisjonen er lydhør for EU-domstolens avgjørelser, og ikke viker tilbake for å utnytte de gråsonene som følger av denne for å ta tilbake kontrollen med medlemsstatenes støtteordninger til fornybar energi. Som en konsekvens av en fin grense mellom støtteordninger som innebærer statsstøtte og de som faller utenfor, må medlemsstatene følgelig ta høyde for den vurderingen Europakommisjonen vil foreta av den nasjonale støtteordningen jf. TFEU art. 107 (3) c. Dette behandles under, se særlig pkt. 3.4 og 3.5.

²⁰² SA.38632, s. 57, avsnitt 218.

²⁰³ C-677/11 avsnitt 38.

²⁰⁴ SA.38632, avsnitt 218 jf. C-262/12.

²⁰⁵ Sandberg (2014), s. 46-49.

²⁰⁶ Johnston (2014), s. 31 jf. 'feed-in tariffs under attack? International law & regulatory action on Feed-in Tariffs'.

3.3 Godkjennelse av støtteordninger til produksjon av grønn elektrisitet etter TFEU art. 107 (3) c

3.3.1 Innledning

Som vi har sett kan både feed-in-tariffer og grønne sertifikater innebære statsstøtte avhengig av hvordan vilkåret «støtte gitt av statsmidler» er å forstå, og ordningen utformet. Selv om en støtteordning innebærer statsstøtte etter TFEU art. 107 (1), kan støtteordningen godkjennes av Europakommisjonen etter TFEU art. 107 (3) c. I det følgende skal vi se nærmere på hvilke rammer denne bestemmelsen setter.

3.3.2 Statsstøtte som et virkemiddel for å gjennomføre et fornybarskift

Statsstøtte er et virkemiddel for nasjonale myndigheter til å gjennomføre ønsket politikk på bestemte områder. Europakommisjonen har brukt sin godkjennelseskompetanse etter statsstøttereglene, jf. TFEU art. 107 (3) c, til å lede medlemsstatene i den retningen som best realiserer EUs fornybar/klimapolitikk.²⁰⁷ Ved hjelp av blant annet uttalelser,²⁰⁸ retningslinjer og gruppeunntak har Europakommisjonen utarbeidet en stadig mer detaljert veiledning for nasjonale myndigheters utforming av støtteordninger til fornybar energi.²⁰⁹

De nye retningslinjene for statsstøtte til miljø og energiformål (2014-2020) er et uttrykk for dette.²¹⁰ Europakommisjonen peker på de ambisiøse 20-20-20 målene, og rettsaktene som er ment å gjennomføre målsettingene, deriblant fornybardirektivet.²¹¹ I henhold til Europakommisjonen resulterer ikke alltid disse rettsaktene «in the most efficient market outcome and under certain conditions State aid can be an appropriate instrument to contribute to the achievement of the Union objectives and related national targets».²¹² Statsstøtte kan dermed spille en viktig rolle i gjennomføringen av EUs miljø- og energimålsettinger.

²⁰⁷ Bruken av subsidier/statsstøtte til å nå miljømålsettinger er i utgangspunktet i strid med «the polluter pays principle». Dette vil ikke behandles nærmere her. For en utfyllende gjennomgang av denne problemstillingen, se Houe (2013).

²⁰⁸ Såkalte «communications».

²⁰⁹ Denne utviklingen betegnes av Blauburger (2009), s. 7, som en «positive integration» av EUs statsstøttepolitikk. I motsetning til en «negative integration», som kun søker å forhindre handlinger som er til skade på konkurransen og samhandelen, innebærer en positiv integrasjon at Europakommisjonen i henhold til TFEU art. 107 (3) gis anledning til å påvirke medlemsstatenes statsstøttepolitikk.

²¹⁰ Retningslinjene (2014-2020) pkt. 3.3, s. 23.

²¹¹ Se eksempelvis fornybardirektivet og direktiv 2009/30/EC.

²¹² Retningslinjene (2014-2020) avsnitt 107.

3.3.3 Statsstøtte som er forenlig med traktaten – Europakommisjonens godkjennelseskompetanse

Statsstøtte er i enkelte tilfeller antatt å bidra til (ikke stride mot) oppfyllelsen av formålet bak markedet, eksempelvis ved å bøte på en markedssvikt.²¹³ TFEU art. 107 (2) oppstiller unntak fra statsstøtteforbudet, mens (3) gir Europakommisjonen kompetanse til å dispensere fra det. Grunnlag for unntak fra forbudet mot statsstøtte er uttømmende regulert i disse leddene. For støtte til fornybar energi er det TFEU art 107 (3) c som er aktuell. Det bakenforliggende hensynet for godkjenning av støtteordninger til fornybar energi etter denne bestemmelsen, er miljøhensyn. TFEU art. 107 (3) c lyder som følgende:

«The following *may* be considered to be compatible with the internal market: (...)

(c) aid to facilitate the development of certain economic activities or of certain economic areas, where such aid does not adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest»²¹⁴

Ordlyden i TFEU art. 107 (3) c er orientert mot næringsgrener, og utviklingen av dem, og gir ikke uttrykk for hvilke hensyn som kan eller skal begrunne at utviklingen støttes. Bestemmelsen nevner således ikke miljøhensyn som hensyn som kan begrunne dispensasjon fra forbudet mot statsstøtte i (1) ledd. Europakommisjonen har imidlertid med hjemmel i denne bestemmelsen, godkjent en rekke støtteordninger til fornybar energi av hensyn til miljøet. Åpningen for å godkjenne støtteordninger av hensynet til miljøbeskyttelse henger nært sammen med lovfesting av integrasjonsprinsippet i TFEU art. 11, som medfører at miljøhensyn skal tas med i vurderingen og gjennomføringen av EU-institusjonenes aktivitet og politikk.²¹⁵ Statsstøttespørsmål kan dermed ikke kun vurderes ut ifra et rent konkurranserettslig perspektiv, miljøhensyn må også tas med i betraktningen. Europakommisjonens godkjenning av støtteordninger til fornybar energi etter TFEU art. 107 (3) c bygger følgelig på en vurdering av hensynet til det indre markedet og fri konkurranse på den ene siden, og miljøhensyn på den andre.²¹⁶

²¹³ Retningslinjene (2014-2020) s. 2.

²¹⁴ Min kursivering.

²¹⁵ TFEU art. 11 «Environmental protection requirements must be integrated into the definition and implementation of the Union policies and activities, in particular with a view to promoting sustainable development».

²¹⁶ For øvrig vil også andre traktatfestede miljøprinsipper være av betydning i overvåkningsorganenes vurdering, se Houe (2013), s. 142.

TFEU art. 107 (2) viser til tilfeller Europakommisjonen *skal* godkjenne støtte. I (3) ledd derimot angis det grunner som *kan* danne grunnlag for å tillate medlemsstatene å gi statsstøtte. Her er Europakommisjonen gitt stor grad av skjønnsfrihet med henblikk på hvilke støttetiltak som skal godkjennes.²¹⁷ Europakommisjonens skjønnsutøvelse etter denne bestemmelsen er forsøkt klargjort i retningslinjene for statsstøtte til miljøvern og energiformål (2014-2020).²¹⁸ Disse retningslinjene vil av den grunn være sentrale for å kartlegge de EU-rettslige rammene medlemsstatene har å forholde seg til ved utformingen av nasjonale støtteordninger til fornybar energi.

3.4 Nærmere om retningslinjene

3.4.1 Innledning

Som vi har sett i avsnittet over, er det ikke mulig ut ifra bestemmelsens ordlyd alene å vurdere om en støtteordning er forenlig med traktaten. Europakommisjonens retningslinjer har som formål å øke forutberegneligheten og åpenheten rundt vurderingen som foretas etter TFEU art. 107 (3) c.²¹⁹ Retningslinjene gir uttrykk for den vurderingen Europakommisjonen vil foreta når det vurderes om en nasjonal støtteordning kan opprettholdes etter TFEU art. 107 (3) c. Det skal i det følgende ses nærmere på retningslinjenes rettslige status og særlige karakter.

3.4.2 Retningslinjenes rettslige status

Retningslinjene faller ikke inn under de vanlige fellesskapsrettsaktene opplistet i TFEU art. 288, og har ikke samme rettslige status som direktiver eller forordninger.²²⁰ Retningslinjene kan karakteriseres som et «soft law»-instrument. Senden definerer «soft law» på følgende måte:²²¹

²¹⁷ Se bl.a. C-730/79 avsnitt 17.

²¹⁸ Tidligere retningslinjer for statsstøtte til miljøvern fra 2008, var fattet med grunnlag i både TFEU art. 107 (3) c og b. Tidligere ble derfor støtte til fornybar energi også begrunnet i (3) b.

²¹⁹ Houe (2013), s. 144.

²²⁰ Soltész (2009), s. 150.

²²¹ Videre om «soft law» og statsstøttereglene, Cini (2001).

«Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects»²²²

Retningslinjene er et uttrykk for den skjønnsutøvelse og dispensasjonsadgang som Europakommisjonen har etter TFEU art. 107 (3) c. Europakommisjonens adgang til å utforme slike retningslinjer er bekreftet i rettspraksis.²²³ Europakommisjonen må imidlertid utøve godkjennelseskompetansen innenfor rammene av traktaten.²²⁴ I tilknytning til nåværende retningslinjer, er et spørsmål som kan reises om Europakommisjonen begrenser det handlingsrommet medlemsstatene er gitt ved utformingen av støtteordninger til fornybar energi. Både forholdet til TFEU art. 194 (2), art. 191-193, og bestemmelsene i fornybardirektivet kan vurderes i den sammenheng.²²⁵ Dette vil vi komme tilbake til i pkt. 3.6. Dersom Europakommisjonen fatter beslutning om en støtteordnings forenlighet med traktaten, jf. TFEU art. 107 (3), i samsvar med retningslinjene, men i strid med øvrig EU-rett, vil imidlertid EU-domstolen kunne kjenne Europakommisjonens beslutning ugyldig.²²⁶

Selv om retningslinjene er «soft law», er de bindende for Europakommisjonen. Europakommisjonen begrenser følgelig sin egen skjønnsutøvelse etter TFEU art. 107 (3) c:

«The adoption of such guidelines by the Commission is an instance of the exercise of its discretion and requires only a self-imposed limitation of that power when considering the aids to which the guidelines apply, in accordance with the principle of equal treatment»²²⁷

²²² Senden (2004), s. 112.

²²³ T-143/96 avsnitt 241 «The power to make any appropriate regulations for the application of Articles 92 and 93 of the Treaty, conferred on the Council by Article 94 of the Treaty, is in no way called into question by the fact that the Commission uses pre-established operational criteria, such as those underlying the distinction between greenfield investments and extensions of existing capacity, when exercising the wide discretion which it enjoys in applying those provisions».

²²⁴ Dette kommer blant annet til uttrykk i avsnitt 122 i retningslinjene (2014-2020) der Europakommisjonen viser til samarbeidsmekanismene i fornybardirektivet og i en fotnote uttaler at utfallet av Essent Belgium og Ålands-saken vil ha en betydning for dette spørsmålet.

²²⁵ Johnston (2014), s. 52.

²²⁶ TFEU art. 264. Se Vesterdorf (2009), s.443 flg.

²²⁷ T-214/95 avsnitt 89.

EU-domstolen vil derfor kunne prøve om Europakommisjonen har overholdt egne retningslinjer i vurderingen av et konkret vedtak.²²⁸ Et spørsmål som har vært stilt er om Europakommisjonen lovlig kan begrense sin egen skjønnsutøvelse etter TFEU art. 107 (3) gjennom retningslinjer. Rettspraksis har akseptert at dette hører inn under den kompetansen Europakommisjonen har etter TFEU art. 107 (3). Dette henger sammen med at retningslinjene ikke innebærer at Europakommisjonen gir avkall på sin diskresjonære kompetanse etter (3) ledd, men bare presiserer hva som faller inn under den. Europakommisjonen har fremdeles rett til å oppheve eller endre retningslinjene.²²⁹ Videre begrenser retningslinjene i liten grad Europakommisjonens skjønnsutøvelse ettersom de ikke er av uttømmende karakter. Dersom en støtteordning ikke omfattes av retningslinjene vil Europakommisjonen vurdere den etter TFEU art. 107 (3) og de generelle vurderingsmomentene.²³⁰

3.4.3 Retningslinjenes særegne karakter

Selv om retningslinjene er «soft law», og følgelig ikke er rettslig bindende for medlemsstater og domstoler, spiller de en sentral rolle ved å veilede medlemsstatene i utformingen av støtteordninger som kan godkjennes etter TFEU art. 107 (3) c. Retningslinjene har på den måten betydning i praksis. Det er følgelig verdt å se nærmere på retningslinjenes faktiske karakter.²³¹

Et særtrekk ved Europakommisjonens retningslinjer for skjønnsutøvelsen etter TFEU art. 107 (3) c, er at de gir uttrykk for Europakommisjonens politikk («policy») på et område der den er gitt enekompetanse til å avsi avgjørelse i enkelt saker.²³²

Støtteordninger vurderes *ex-ante* av Europakommisjonen, og kan ikke settes i verk før godkjenning er gitt.²³³ Ønsker medlemsstatene å bruke statsstøtte som et virkemiddel, må støtteordningen notifiseres til Europakommisjonen. Dersom en støtteordning iverksettes uten an-

²²⁸ Johnston (2014), s. 41 og C-303/88 avsnitt 36.

²²⁹ T-214/95 avsnitt 89, dette følger også av retningslinjene (2014-2020) avsnitt 254

²³⁰ Se under pkt. 3.5.1-3.5.5. Et eksempel fra ESAs praksis er vurderingen av Norges mange fordeler til kjøpere og eiere av el-biler. I denne saken kom ikke bestemmelsene i retningslinjene til anvendelse ettersom det dreiet seg om støtte til produksjon av miljøvennlige produkter som i henhold til retningslinjene falt utenfor anvendelsesområdet til retningslinjene. ESA vurderte derfor ordningene etter de felles vurderingsprinsipper.

²³¹ Senden (2004), s. 157.

²³² C-78/76 avsnitt 9 og 10, Senden (2004), s. 154.

²³³ TFEU art. 108 (3).

meldelse og godkjenning av Europakommisjonen, er støtten ulovlig, og kan kreves tilbakebetalt.²³⁴

Europakommisjonen kan på eget initiativ åpne prosedyre mot en medlemsstat som den mener ikke overholder TFEU art. 107. Europakommisjonens avgjørelse i enkeltsaker er bindende for den medlemsstaten avgjørelsen retter seg mot, og søksmålsbyrden ligger dermed på medlemsstaten.

Denne beslutningsmyndigheten kan brukes som pressmiddel overfor medlemsstater som ikke følger den veiledningen Europakommisjonen har gitt gjennom retningslinjene. Eksempel på at Europakommisjonen har tvunget medlemsstater til å overholde retningslinjer ved hjelp av kompetansen til å fatte rettslig bindende avgjørelser, finner man i tilknytning til vedtagelsen av retningslinjene for statsstøtte til motorvognindustrien fra 1988.²³⁵ Situasjonen var her at retningslinjene ble akseptert av samtlige medlemsstater med unntak av Spania og Tyskland. Etter diskusjon mellom partene som ikke førte frem, åpnet Europakommisjonen prosedyre etter TFEU art. 108 (2), og fattet avgjørelse som påla Tyskland å overholde retningslinjene.

Ønsker medlemsstatene å bruke statsstøtte som virkemiddel, er det således ingen vei utenom en vurdering fra Europakommisjonens side som vil vurdere støtteordningene i henhold til retningslinjene. Som sett, er Europakommisjonen videre villig til å ta i bruk rettslig bindende virkemidler for å sikre gjennomføring av retningslinjene. Effektivitetshensyn tilsier derfor at medlemslandene burde velge å utforme støtteordningene sine etter føringene gitt i retningslinjene. Til tross for retningslinjenes manglende rettslig bindende karakter, vil de følgelig medføre atferdsendring blant medlemslandene og påvirke hvordan nasjonale myndigheter utformer støtteordninger til fornybar energi.²³⁶ Den tyske fornybar energiakten (EEG 2014), som nylig har vært til godkjenning av Europakommisjonen, kan tjene som eksempel her.²³⁷ I samvar med føringene i de nye retningslinjene, har Tyskland valgt å innføre et pilot-prosjekt med anbudsprosedyrer for frittstående solenergiinstallasjoner.²³⁸ Dette kommer vi tilbake til ne-

²³⁴ TFEU art. 108 (2) og (3), Vesterdorf (2009), s. 78, Cini (2001), s. 202.

²³⁵ Cini (2001), s. 201.

²³⁶ Også til hvilke formål.

²³⁷ SA.38632.

²³⁸ Scholz (2015), slide 11.

denfor ved behandlingen av de felles vurderingsmomentene Europakommisjonen bygger vurderingen av medlemsstatenes støtteordninger på.

3.5 Hvilke føringer legger retningslinjene for medlemsstatenes utforming av støtteordninger til fornybar energi?

3.5.1 En markedsbasert tilnærming

Retningslinjene for statsstøtte til miljø og energiformål (2014-2020) er, som nevnt, gitt i henhold av TFEU art. 107 (3) c. Støtte etter dette alternativet er kun tillatt der den ikke «adversely affect trading conditions to an extent contrary to the common interest».²³⁹ Dette krever at Europakommisjonen foretar en avveining mellom de positive virkningene støtten har på det aktuelle området, og de negative virkningene støtten har på konkurransen og samhandelen mellom medlemsstatene. Retningslinjene gir uttrykk for hvordan Europakommisjonen foretar denne avveiningen, og bygger på «the balancing test» som ble introdusert i «State aid action plan – less and better targeted state aid reform 2005-2009».²⁴⁰ «The balancing test» representerer en mer økonomisk tilnærming til vurderingen av støttetiltaks forenlighet med avtalen, og innebærer at støtteordninger til fornybar energi må vurderes i henhold til følgende tre spørsmål:

- «1. Is the aid measure aimed at a well-defined objective of common interest?
2. Is the aid well designed to deliver the objective of common interest i.e. does the proposed aid address the market failure or other objectives?
 - i. Is the aid an appropriate policy instrument to address the policy objective concerned?
 - ii. Is there an incentive effect, i.e. does the aid change the behaviour of the aid recipient?
 - iii. Is the aid measure proportionate to the problem tackled, i.e. could the same change in behaviour not be obtained with less aid?
3. Are the distortions of competition and effect on trade limited, so that the overall balance is positive? »²⁴¹

²³⁹ TFEU art. 107 (3) c.

²⁴⁰ Retningslinjene (2014-2020) avsnitt 22.

²⁴¹ Bacon (2008), s. 101, Alterskjær (2008), s. 184, og Common principles for an economic assessment of the compatibility of State aid under Article 87.3, avsnitt 5.

Det overordnede siktemålet er å sikre at støtten medfører et høyere beskyttelsesnivå enn det som ville vært tilfelle uten støtten. Sagt på en annen måte må de positive følgene av støtten for miljøet overstige de negative konsekvensene støtten har på markedet og konkurransen.²⁴²

I likhet med retningslinjene fra 2008, er støtte til fornybare energikilder omfattet av retningslinjene (2014-2020).²⁴³ Fornybar energi har i den senere tid opplevd en stor økning, delvis takket være støtte fra offentlige myndigheter. Dette har hjulpet til på veien mot å oppfylle miljømålsettingene til EU, men har også medført betydelige markedsvridninger og økte priser for forbrukerne.²⁴⁴ Reglene for fornybar energi er modernisert, og er ment å ta høyde for den økende andelen fornybart i elektrisitetsmarkedet.²⁴⁵

En overordnet målsetting er å fase ut uheldig subsidiering som har ført til markedsvridninger, og gradvis innføre støtteordninger basert på markedsmekanismer.²⁴⁶ I henhold til Europakommisjonens Visepresident Joaquin Almunia, innebærer de nåværende retningslinjene et steg mot å integrere fornybar energi i det indre markedet:

«It is time for renewables to join the market. The new guidelines provide a framework for designing more efficient public support measures that reflect market conditions, in a gradual and pragmatic way. Europe should meet its ambitious energy and climate targets at the least possible cost for taxpayers and without undue distortions of competition in the Single Market. This will contribute to making energy more affordable for European citizens and companies»²⁴⁷

²⁴² Bacon (2013), s 199 avsnitt 8.05, se også s. 6 avsnitt 1.09.

²⁴³ Retningslinjene (2008), se pkt. 1.5.6, s. 10, og retningslinjene (2014-2020) avsnitt 18 (e).

²⁴⁴ IP/14/400, retningslinjene (2014-2020), se avsnitt 35 «rimelig pris» og 108, og regler for avgiftsfritak for energiintensive foretak.

²⁴⁵ MEMO 14/276.

²⁴⁶ IP/14/400.

²⁴⁷ IP/14/400.

Den markedsbaserte tilnærmingen som retningslinjene legger opp til, understrekes av valg av hjemmelsgrunnlag; TFEU art. 107 (3) c. Sammenlignet med litra (b),²⁴⁸ viser litra (c) til en mer økonomisk vurdering.

3.5.2 Retningslinjenes oppbygging og innhold

Retningslinjene består av en generell del, og en spesiell del for utvalgte støtteformål.²⁴⁹ I den generelle delen trekker Europakommisjonen frem syv veiledende momenter som overvåkningsorganene vurderer lovligheten av støtteordninger etter, og som støttegiver følgelig må forholde seg til:

- Støtten må ha et klart definert formål som er i tråd med fellesskapets interesser
- Det må påvises at det er et behov for statlig inngripen
- Støttetiltaket må være egnet til å nå fellesskapsmålet
- Støttens insentivvirkninger
- Støttens proporsjonalitet
- Støttens negative effekt på samhandelen mellom avtalepartene
- Gjennomsiktighet rundt tildeling av støtte/støtteordningen²⁵⁰

Disse momentene suppleres av de spesielle reglene. Støtte til fornybar energi behandles spesielt i retningslinjenes pkt. 3.2. Det vil imidlertid avhenge av støtteordningens utforming og de særlige trekkene ved støtteordningen hvilke av de spesielle reglene støtteordningen vurderes etter. Eksempelvis vil en grønn sertifikatordning som medfører en reduksjon av kostnadene for energiintensive brukere vurderes etter pkt. 3.7.2 i retningslinjene «Aid in the form of reductions in the funding of support for energy from renewable sources».²⁵¹ Det vil også være av betydning hvilken fornybar energikilde støtteordningen tar sikte på å fremme. Eksempelvis gjelder det særlige regler for «Aid for energy from renewable sources other than electricity», jf. retningslinjenes pkt. 3.3.2.2.

²⁴⁸ «(b)aid to promote the execution of an important project of common European interest or to remedy a serious disturbance in the economy of a Member State;».

²⁴⁹ Den generelle delen gjelder for de støtteformål som ikke omfattes i en spesiell del, det vil blant annet si støtte til foretak som ønsker å gå lengre enn EU-standarder eller øke miljøbeskyttelsen der det ikke foreligger miljøstandarder, eller førtidig tilpasning til fremtidige EU-standarder.

²⁵⁰ Dette vurderingsprinsippet vil ikke vurderes nærmere her. Det faller utenfor oppgaven å se på det administrative apparatet rundt støtteordningene.

²⁵¹ SA.39042.

Driftstøtte til elektrisitet fra fornybare kilder omtales i pkt. 3.3.2.1. Ettersom både grønne sertifikatorordninger og feed-in-tariffer innebærer driftstøtte til produsenter av grønn elektrisitet, er det sistnevnte regler som vil behandles nærmere her. Disse reglene er videre godt egnet til å illustrere Europakommisjonens veiledning av medlemsstatenes utforming av støtteordninger i tråd med målsettingen om markedsintegrasjon av fornybare energikilder.²⁵²

I det følgende vil jeg ta utgangspunkt i avveiningstestens tre overordnede spørsmål. De syv generelle vurderingsmomentene fra retningslinjene vil gjennomgås under disse tre spørsmålene, supplert av de særlige bestemmelsene som gjelder for driftsstøtte til grønn elektrisitet. Siktemålet er å vise retningen Europakommisjonen peker ut for medlemsstatene når det gjelder utforming av støtteordninger til fornybar energi.

3.5.3 Kravet om at støttetiltaket må ha et legitimt formål

3.5.3.1 *Formål i tråd med fellesskapets interesser*

For det første må støtten ha et *klart definert*²⁵³ *formål som er i tråd med fellesskapets interesser*. Mål av fellesskapsinteresse er blant annet gjennomføringen av målene fastsatt i «the Europe 2020 strategy» og gjennomføringen av et ressurseffektivt, konkurransedyktig, lavutslippssamfunn.²⁵⁴ Fornybar energi er et av EUs sentrale virkemidler i arbeidet frem mot et nullutslippssamfunn i 2050, statsstøtte til fornybar energi er i den sammenheng ett av flere virkemidler for å gjennomføre EU 2020-strategien. Det første vurderingsprinsippet legger følgelig ikke opp til en grundig analyse fra Europakommisjonen sin side. Dette bekreftes av Europakommisjonens vurdering av fornybarlovgivningen i Tyskland og Storbritannia etter de nye retningslinjene.²⁵⁵

3.5.3.2 *Behov for statlig inngripen*

Det andre vurderingsmomentet, *behov for statlig inngripen*, er av sentral betydning for at bruken av statsstøtte skal kunne legitimeres. For at det skal anses å foreligge et behov for statlig inngripen må det påvises at statsstøtte kan utløse en materiell forandring som markedet på

²⁵² Blauburger (2008), s. 7.

²⁵³ Tilsvarende «Well-defined».

²⁵⁴ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 107.

²⁵⁵ SA.38632, s. 59 og SA.36196, s. 11.

egenhånd ikke er i stand til. Dette er tilfellet der man står overfor en markedssvikt.²⁵⁶ I henhold til EU-domstolens avgjørelse i Ålands vindkraft-saken forelå det markedssvikt som måtte avbøtes, til tross for at Sverige ifølge Ålands vindkraft AB allerede hadde produksjonskapasitet til å nå målene etter fornybardirektivet.

«In that regard, it need only be observed that a green energy support scheme, whose production costs seem — as the Swedish Government and the Commission, in particular, have maintained — to be still quite high as compared with the costs of electricity produced from non-renewable energy sources».²⁵⁷

Til tross for at EU har adressert markedssvikten på området for fornybar energi gjennom flere forskjellige instrumenter, er det i følge Europakommisjonen fremdeles et restbehov som kan avhjelpes gjennom bruken av statsstøtte. Det følger av retningslinjene at det presumeres at markedssvikt fremdeles eksisterer på området for fornybar energi.²⁵⁸

Det er ikke nok at det foreligger en markedssvikt, det må også kunne påvises at det ikke er andre virkemidler som tar sikte på å avbøte dette problemet.²⁵⁹ Som nevnt er statsstøtte kun ett av flere virkemidler for å fremme fornybar energi og klimaendring. Faren er at det skjer en «overkompensering» av fornybar energi. Denne vurderingen har følgelig sider til vurderingen av om støtteordningen har positive insentivvirkninger.

3.5.4 Krav til støttetiltakets utforming

3.5.4.1 Egnethet til å nå fellesskapsmålsettingen

Behovet for statlig inngripen er nært knyttet til det tredje vurderingsmomentet om at *støtten må være egnet til å nå fellesskapsmålsettingen*. I dette prinsippet ligger for det første at statsstøtte som virkemiddel ikke er egnet dersom fellesskapsmålsettingen kan nås med mindre inngripende virkemidler.²⁶⁰ Støtteordninger som ikke innebærer statsstøtte, basert eksempelvis på markedsinstrumenter, er med på å gjøre støtte i form av subsidier fra staten (og annen

²⁵⁶ Retningslinjene (2014-2020), s. 16 note 37 «market failure».

²⁵⁷ C-573/12 avsnitt 103.

²⁵⁸ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 115.

²⁵⁹ Man ønsker å unngå kumulative støtteordninger.

²⁶⁰ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 41.

form for statsstøtte) overflødig.²⁶¹ Det er imidlertid forutsatt fra Europakommisjonens side at statsstøtte kan være et viktig supplement der øvrige instrumenter ikke fører til det mest effektive resultatet.²⁶²

Der man kommer til at statsstøtte kan være et egnet virkemiddel, må det vurderes om støtten gis i den form (avgiftsfritak, gunstig lån etc.) som medfører minst mulig vridning på samhandelen og konkurransen.²⁶³ Valget mellom ulike former for statsstøtte må gjøres med henblikk på å realisere formålet bak støtteordningen. Eksempelvis vil målsettingen om å fremme investeringer i produksjon av fornybar energi være veiledende ved valg av støtteform. For å realisere dette formålet er det særlig to hensyn som står sentralt. For det første må støtteordningen ta sikte på å bevare investors tillit ved å sikre stabile og forutsigbare markedsforhold.²⁶⁴ For det andre må det sikres at det ikke skjer en overkompensering for den eksisterende markedssvikten.

Det er først og fremst grønne sertifikater og feed-in-tariffer som har vært tatt i bruk for å fremme investeringer i økt produksjon av grønn elektrisitet.²⁶⁵ Begge disse ordningene innebærer at støtten gis i form av driftsstøtte. Driftsstøtte er i statsstøtterettslig sammenheng antatt å innebære en mer betydelig konkurransevridning enn investeringsstøtte ettersom den bidrar til å dekke den daglige driften av foretaket uten å gi insentiver til restrukturering eller forbedring i foretakets drift.²⁶⁶ Det kan derfor spørres om formålet om å fremme investeringer i produksjon av grønn elektrisitet kan nås på en tilfredsstillende måte ved i stedet å gi investeringsstøtte. Europakommisjonen har imidlertid fastholdt at: «In overall terms, operating aid – support per MWh- for renewable electricity is far more important than investment aid in creating incentives for companies to initiate or increase production of renewable electricity».²⁶⁷ Ret-

²⁶¹ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 115.

²⁶² Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 107 og 115.

²⁶³ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 45.

²⁶⁴ Fornybardirektivet avsnitt 25 «maintain investor confidence». I SEC (2008) 57, s. 13, note 13, presiserer Europakommisjonen at en optimisering av nasjonale støtteordninger som fornybardirektivet legger opp til, innebærer «Increasing legislative stability and reducing investment risk includes avoiding stop-and-go support systems, and otherwise reducing uncertainty through long term policy stability.».

²⁶⁵ Haas (2011), om forskjellige støtteordninger og utvikling i EU.

²⁶⁶ Banet (2012), s. 151. Se videre C (2013) 7243 final, SWD (2013) 439 final, s. 11.

²⁶⁷ OECD (2010).

ningslinjene legger derfor opp til at medlemsstatene fortsatt skal kunne innvilge driftsstøtte til produksjon av grønn elektrisitet.²⁶⁸

Ved utarbeidelse av støtteordninger som innebærer driftsstøtte til produksjon av grønn elektrisitet gir retningslinjene klare føringer:

«The following cumulative conditions apply from 1 January 2016 to all new aid schemes and measures:

- (a) aid is granted as a premium in addition to the market price (premium) whereby the generators sell its electricity directly in the market;
- (b) beneficiaries are subject to standard balancing responsibilities, unless no liquid intra-day markets exist; and
- (c) measures are put in place to ensure that generators have no incentive to generate electricity under negative prices.»²⁶⁹

I henhold til litra a) skal støtten ytes som et tillegg til den markedsprisen produsentene får ved direktesalg på markedet. Dette innebærer at feed-in-tariffer som fastsetter en minimumspris for grønn elektrisitet, i tillegg til en kjøpsforpliktelse for enkelte aktører i elektrisitetssektoren, ikke er forenlige med retningslinjene. Bakgrunnen for dette er at Feed-in-tariffer ikke tar hensyn til svingninger i markedet og derfor kan medføre en overkompensering av markedssvikten med mindre minimumsprisen fastsettes til riktig nivå.²⁷⁰ En overkompensering vil forhindre at fornybare energikilder blir konkurransedyktige, og vil stride mot målsettingen til retningslinjene.²⁷¹ Retningslinjene ekskluderer ikke uttrykkelig bruken av feed-in-tariffer, men indirekte frarådes medlemsstatene å ta i bruk slike støtteordninger.²⁷² I Europakommisjonens vurdering

²⁶⁸ Retningslinjene (2014-2020) avsnitt 120.

²⁶⁹ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 124. Unntak følger av avsnitt 125: «The conditions established in paragraph (124) do not apply to installations with an installed electricity capacity of less than 500 kW or demonstration projects, except for electricity from wind energy where an installed electricity capacity of 3 MW or 3 generation units applies».

²⁷⁰ MEMO/14/276: «In recent years, renewable energy sources have been heavily supported with fixed tariffs. This has encouraged enormously the growth of renewables in the energy mix and has put Europe on track for meeting its 2020 renewables target. However, this type of support has also sheltered them from price signals and has led to market distortions. ».

²⁷¹ Se pkt. 3.5.1.

²⁷² Johnston (2014), s. 44.

av den tyske fornybarenergireformen (EEG-2014) ble den tyske feed-in-tariffen foreløpig akseptert, med den begrunnelse at ordningen fikk meget begrenset anvendelse, og er ment «as a last resort clause».²⁷³ Godkjennelsen fra Europakommisjonen viste til at Tyskland hadde intensjoner om å «amend the EEG so as to grant support through tenders on a more general basis», og at godkjennelsen kun gjaldt ut 2016.

Grønne sertifikatordninger oppfyller kravet i bestemmelsens litra a) om at støtten gis som et tillegg til prisen. Som vi har sett under pkt. 2.4.3.3 mottar produsenter av grønn elektrisitet støtte gjennom salg av sertifikater som et tillegg til salget av den grønne elektrisiteten. Tilsvarende er tilfellet for støtteordninger som tar i bruk feed-in-premier. I motsetning til feed-in-tariffer, utgjør en premie differansen mellom prisen for grønn elektrisitet og annen elektrisitet. For begge disse systemene vil det følgelig være markedet som avgjør behovet for, og størrelsen av, støtten til grønn elektrisitet. Bruken av slike markedsinstrumenter er i samsvar med målsettingen bak retningslinjene som er å inkludere fornybare energikilder på markedet og gjøre dem konkurransedyktige. Retningslinjenes avsnitt 109 gir uttrykk for at bruken av markedsinstrumenter normalt sikrer at subsidieringen av fornybar energi reduseres til et minimum, med sikte på «their complete phasing out».²⁷⁴

Johnston stiller spørsmålstegn ved Europakommisjonens klare preferanse for grønne sertifikater og feed-in-premier, på bekostning av feed-in-tariffer.²⁷⁵ En utelukkning av støtteordninger som bygger på feed-in-tariffer går på tvers av fornybardirektivet som i art. 2 (k) eksplisitt nevner feed-in-tariffer som en mulig støtteordning medlemsstatene kan ta i bruk for å nå sitt nasjonale fornybarmål.²⁷⁶ Ved å utelukke bruken av feed-in-tariffer begrenser Europakommisjonen følgelig det handlingsrommet medlemsstatene er gitt etter fornybardirektivet.²⁷⁷

Videre kan det anføres at Europakommisjonen ikke bygger på erfaringer fra medlemsstatene når det gjelder hvilke støtteordninger som er best egnet til å øke produksjon og bruk av forny-

²⁷³ SA.38632, s. 62, avsnitt 246.

²⁷⁴ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 109.

²⁷⁵ Johnston (2014), s. 45.

²⁷⁶ Johnston (2014), antyder at DG Competition presset frem en vidtgående markedsintegrering av fornybare energikilder. I tillegg til et ønske fra Europakommisjonens side om å vise handlingskraft ved å forsøke å redusere kostnadene nasjonale støtteordninger medfører på sluttbrukerne av energien. s. 46.

²⁷⁷ Se også Sjøfjell (2015), s. 92-93.

bare energikilder. I henhold til fornybardirektivets forale, avsnitt 25, understrekes betydningen av at medlemsstatene etablerer velfungerende nasjonale støtteordninger:

«One important means to achieve the aim of this Directive is to guarantee the proper functioning of national support schemes, as under Directive 2001/77/EC, in order to maintain investor confidence and allow Member States to design effective national measures for target compliance. »²⁷⁸

Hvilken form for støtteordning som er mest effektiv for å initiere bruk og utvikling av fornybare energikilder har vært gjenstand for debatt blant EUs medlemsstater. Europakommisjonen tar standpunkt i debatten når den tar avstand fra feed-in-tariffer til fordel for grønne sertifikater og feed-in-premier. Ser man hen til støtteordninger tatt i bruk av medlemsstatene, er feed-in-tariffer foretrukket av mange.²⁷⁹ I henhold til Haas analyse av medlemsstatenes forskjellige støtteordninger, har en velutformet feed-in-tariff vist seg å være best egnet til å gjennomføre nasjonale fornybarmål, i et kortidsperspektiv, til lave kostnader for samfunnet, sammenlignet med andre støtteordninger.²⁸⁰ Europakommisjonen bestrider heller ikke at feed-in-tariffer «has encouraged enormously the growth of renewables in the energy mix and has put Europe on track for meeting its 2020 renewables target».²⁸¹ Slike ordninger har imidlertid også medført betydelige markedsvidringer ettersom prisene på grønn elektrisitet ikke har vært utsatt for svingninger på markedet. I følge Europakommisjonen er det på tide å integrere fornybare energikilder på markedet:

«As technologies mature and their production reaches a substantial share of the market, renewable energy production can and should react to market signals, and aid amounts should respond to falling production costs»²⁸²

I et åpent brev til Europakommisjonen uttrykker flere økonomer bekymring for at feed-in-premier ikke vil skape et tilstrekkelig godt investeringsklima: «They advantage incumbents,

²⁷⁸ Fornybardirektivet avsnitt 25.

²⁷⁹ Blok (2006), s. 253.

²⁸⁰ Haas (2011), s. 1033. Dette skyldes blant annet at feed-in-tariffer skaper et sikkert investeringsklima for investorer ved å redusere investeringsrisikoen. Se Blok (2006), s. 253.

²⁸¹ MEMO/14/276.

²⁸² MEMO/14/276, s. 2.

create barriers to new entrants, and raise the cost of meeting the renewable targets».²⁸³ Ifølge disse vil en overgang fra feed-in-tariffer til feed-in-premier kunne forhindre at EU oppnår fornybarmålet på 20 % innen 2020.

Disse forholdene viser at det er uenighet om hvilken form for støtteordning som er best egnet til å skape et godt investeringsklima, redusere kostnadene for samfunnet, og nå fornybarmålsettingen. Retningslinjenes særegne karakter tilsier at føringene gitt i retningslinjene har en betydning for medlemsstatenes utforming av støtteordninger til fornybar energi.²⁸⁴ Europakommisjonens utrykte negative holdning til feed-in-tariffer kan dermed medføre at medlemsstater utelukker en støtteordning, som sett hen til nasjonale forhold, ville vært mest egnet til å nå fornybarmålsettingen på en kostnadseffektiv måte.²⁸⁵

3.5.4.2 *Insentivvirkninger*

Det fjerde vurderingsmomentet er hvilke *insentivvirkninger* støtteordningen har på foretakene som mottar støtte. For at en støtte skal anses forenlig med traktaten, må støtten medføre en positiv atferdsendring hos de foretakene som mottar støtten. I henhold til retningslinjenes avsnitt 49 har en støtteordning positive insentivvirkninger dersom støtten medfører atferdsendring hos støttemottager i tråd med en fellesskapsmålsetting, eksempelvis økt produksjon og bruk av fornybare energikilder.

At en støtteordning må ha positive insentivvirkninger innebærer blant annet at støtte ikke kan gis dersom den er ment å dekke aktivitet som ville ha blitt iverksatt uten støtten, eller der støtten kun kompenserer for en normal forretningsrisiko.²⁸⁶ Dette vurderingsmomentet har, som nevnt, en side til vurderingen av hvorvidt det eksisterer et behov for statlig inngripen. Dersom det ikke foreligger et behov for statlig inngripen, eller støtteordningen gjør at det skjer en overkompensering av en eksisterende markedssvikt, vil støtteordningen ikke ha positive insentivvirkninger.

²⁸³ Johnston (2014), s. 46-47.

²⁸⁴ se pkt. 3.4.

²⁸⁵ Kröger (2013), s. 385-386.

²⁸⁶ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 49.

Ved vurderingen av elektrisitetsmarkedsreformen i Storbritannia, nøyde Europakommisjonen seg med å konstatere at uten støtte vil ikke fornybare energiteknologier bli anvendt i den utstrekning som kreves for å gjøre fornybarprosjekter økonomisk levedyktige.²⁸⁷ Støtteordningen hadde følgelig en positiv insentiveffekt ved at fornybar energiteknologier ble anvendt i en utstrekning, og innenfor et tidsrom som ikke ville ha vært tilfellet uten støtten.

Retningslinjene legger opp til en markedsintegrasjon av fornybare energikilder for elektrisitetsproduksjon generelt. Utgangspunktet er at også forskjellige fornybarteknologier skal konkurrere seg i mellom på markedet. Dette følger blant annet av retningslinjenes avsnitt 126 der det fremgår at fra 2017 vil det kun unntaksvis være adgang til å ta i bruk teknologispesifikke støtteordninger: «The bidding process can be limited to specific technologies where a process open to all generators would lead to a suboptimal result», og dette ikke kan avhjelpes ved å utforme støtteordningen annerledes.

Teknologinøytrale støtteordninger kan imidlertid undergrave mindre velutviklede teknologier, og forhindre markedsadgangen til nye teknologier som kanskje er mer effektive i et langsiktig perspektiv. Teknologispesifikke støtteordninger kan følgelig ha positive insentivvirkninger sett hen til konkrete forhold (nasjonale forhold). En utnyttelse av flere fornybare energikilder er viktige av forskjellige grunner. Retningslinjene erkjenner at dette kan være tilfellet i avsnitt 110:

«However, given the different stage of technological development of renewable energy technologies, these Guidelines allow technology specific tenders to be carried out by Member States, on the basis of the longer- term potential of a given new and innovative technology, the need to achieve diversification; network constraints and grid stability and system (integration) costs».²⁸⁸

3.5.4.3 Proporsjonalitetsvurdering

Et femte vurderingstema er støttens *proporsjonalitet*. Europakommisjonen vil her foreta en forholdsmessighetsvurdering, der støtten (støttebeløpet) skal begrenses til et minimum av det

²⁸⁷ SA.36196, s. 12.

²⁸⁸ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 110.

som skal til for å påvirke til ønsket adferd.²⁸⁹ Dette vurderingsprinsippet er følgelig nært knyttet opp mot støttens insentivvirkninger; støtten må ikke overstige det som er nødvendig for å inspirere til den ønskede utviklingen.²⁹⁰

En markedsintegrasjon av fornybare energikilder i samsvar med målsettingen til Europakommisjonen og retningslinjene, krever at det tas hensyn til endrede forhold ved utformingen av støtteordninger. Som det fremgår innledningsvis i dette kapittelet, har satsningen på fornybar energi i elektrisitetssektoren medført at fornybare energikilder er i ferd med å bli konkurransedyktige. I retningslinjene avsnitt 108-109 antar Europakommisjonen at fornybare energikilder vil være «grid-competitive» i løpet av tidsrommet mellom 2020 til 2030. Nasjonale støtteordninger som notifiseres til Europakommisjonen må følgelig ta hensyn til endrede forhold på elektrisitetsmarkedet for fornybare energikilder. Støtteordningene må ta sikte på en degressiv utfasing av støtte for at proporsjonalitetsprinsippet skal være overholdt.

Som vi så under vurderingen av støtteordningers egnethet, vil markedsinstrumenter som medfører at prisen på grønn elektrisitet utsettes for konkurranse være egnet til å redusere støtten til et minimum med sikte på en total utfasing. Europakommisjonen tar et steg videre i retning av en markedsintegrering av fornybare energikilder på elektrisitetsmarkedet fra og med 2015. I henhold til retningslinjene avsnitt 109 vil bruken av auksjoner og anbud som er åpne for alle produsenter av grønn elektrisitet, og som konkurrerer på like vilkår innenfor EØS om å få tildelt støtten, normalt sikre at støtten reduseres til et minimum i henhold til proporsjonalitetsprinsippet.²⁹¹

I en overgangsfase, i perioden mellom 2015 og 2016, bestemmer retningslinjene at 5 % av planlagt ny elektrisitetskapasitet fra fornybare energikilder skal tildeles gjennom anbudsprosedyrer.²⁹² Europakommisjonen vurderte den tyske fornybarreformen (EEG-2014) opp mot denne regelen i juli 2014.²⁹³ I samsvar med retningslinjene har Tyskland innført et pilotprosjekt med anbudsprosedyrer for tildeling av støtte til bakkeinstallasjoner for utnyttelse av sol-

²⁸⁹ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 69.

²⁹⁰ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 124 litra b.

²⁹¹ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 87.

²⁹² Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 126.

²⁹³ SA.38632, s. 61.

energi. Denne anbudsprosedyren må imidlertid underlegges en ny vurdering ved utgangen av 2016. Fra 2017 skal følgende gjelde:

«Aid is granted in a competitive bidding process on the basis of clear, transparent and non-discriminatory criteria, unless:

- (a) Member States demonstrate that only one or a very limited number of projects or sites could be eligible; or
- (b) Member States demonstrate that a competitive bidding process would lead to higher support levels (for example to avoid strategic bidding); or
- (c) Member States demonstrate that a competitive bidding process would result in low project realisation rates (avoid underbidding). »²⁹⁴

Bruken av anbud og auksjoner ved tildeling av støtte er følgelig hovedregelen, og medlemsstatene må derfor godtgjøre at det finnes spesielle grunner dersom unntak skal aksepteres.²⁹⁵ At dette er hovedregelen understrekes i avsnitt 116 og 126 (4) ledd, der det fremgår at støtteordninger som respekterer en slik markedsbasert tilnærming, presumeres å være både egnet, og medføre en begrenset vridning av konkurransen forenlig med det indre markedet.²⁹⁶

Det følger videre av avsnitt 126 (4) og (5) ledd at slike anbudsprosedyrer må være åpne for alle produsenter av grønn elektrisitet, og ikke medføre diskriminering. Som sett i pkt. 3.5.4.2, er det kun helt unntaksvis at anbudsordningene kan være teknologispesifikke. Både den britiske fornybarreformen (Contract for difference –CfD) og den tyske (EEG 2014) har introdusert teknologispesifikke anbud i en overgangsfase (2015-2016). Europakommisjonen har bare godkjent ordningene for perioden ut 2016. Dersom ordningene skal kunne opprettholdes videre i 2017, må det vurderes om særlige forhold gjør seg gjeldende jf. Avsnitt 126 (5) ledd litra a)-e).²⁹⁷

²⁹⁴ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 126 3 ledd litra a-c.

²⁹⁵ Eksempler på grunnlag for unntak følger av avsnittene 111-115 og innebærer størrelsen på installasjonen, ETS relaterte spørsmål eller støtteordninger til biobrensel.

²⁹⁶ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 116 og 126; «If such competitive bidding processes are open to all generators producing electricity from renewable energy sources on a non-discriminatory basis, the Commission will presume that the aid is proportionate and does not distort competition to an extent contrary to the internal market.».

²⁹⁷ SA.38632, s. 59 og SA.36196, s. 13.

I teorien kan anbudsordninger sikre gjennomføringen av begge hovedhensynene²⁹⁸ bak utformingen av støtteordninger til produksjon av fornybar energi.²⁹⁹ For det første er anbudsordninger normalt egnet til å sikre investors tillitt ved å redusere investeringsrisikoen i fornybarproduksjon gjennom å garantere en fast tariff i en bestemt periode. Tariffen produsentene mottar vil fastsettes gjennom anbudsrunder, og er ment å gi uttrykk for de reelle kostnadene ved fornybarprosjektet (den enkelte fornybarteknologien).³⁰⁰ Konkurransen mellom investorene om å få tilbudet medfører at kostnadene ved anvendelse av den enkelte fornybarteknologien reduseres til et minimum, som er det andre hovedhensynet bak utformingen av støtteordninger til grønn elektrisitetsproduksjon. Et annet positivt forhold ved anbudsordninger er at den regulerende myndigheten avlastes for en vanskelig oppgave; det å foreta beregninger og antagelser om fremtidige markedsforhold ved fastsettelse av tariff eller minimumspris for grønne sertifikater.³⁰¹

I likhet med Europakommisjonens valg om å lede medlemsstatene bort fra bruken av feed-in-tariffer, kan det rettes innvendinger mot anbudstilnærmingen Europakommisjonen har valgt i retningslinjene. En overgang fra feed-in-tariffer til feed-in-premier og grønne sertifikatordninger som tildeles gjennom anbudsordninger, har ikke grunnlag i erfaringer fra EUs medlemsstater.³⁰² Anbudsordninger har blitt anvendt i Frankrike og Irland, men begge landene valgte å gå bort fra en slik ordning.³⁰³

Selv om anbudsordninger har mange positive trekk, kan de ha negative konsekvenser dersom markedsforholdene ikke er klare for en slik konkurranseutsettelse av den grønne elektrisitetsproduksjonen. Der anbudsordninger introduseres på «umodne markeder», er faren stor for at ordningen leder til et suboptimalt resultat ved at uerfarne investorer legger inn for lave anbud og ikke klarer å realisere prosjektene.³⁰⁴ Dette kan igjen få betydning for gjennomføringen av fornybarmål fastsatt av myndighetene. Anbudsordninger som ikke er teknologispesifikke kan

²⁹⁸ Se pkt. 3.5.4.1.

²⁹⁹ Kylili (2015), s. 227.

³⁰⁰ Kylili (2015), s. 227.

³⁰¹ Om grønne sertifikatordninger der det fastsettes en minimumspris for sertifikater og forholdet til statsstøtte-reglene, se Banet (2012), s. 195-198.

³⁰² Johnston (2014), s. 43.

³⁰³ Haas (2011).

³⁰⁴ Kylili (2015), s. 232.

videre undergrave utviklingen av mindre etablerte teknologier. Dette skyldes blant annet at investorer kan få insentiver til å melde urealistisk lave anbud, og av den grunn ikke klarer å gjennomføre nye prosjekter.³⁰⁵

3.5.5 Kravet om at støttens positive virkninger på miljøet er større enn de negative virkningene på konkurransen og markedet

Det sjette vurderingsmomentet tar utgangspunkt i støttens *negative effekt på samhandelen* mellom avtalepartene.³⁰⁶ Ved vurderingen av støttens potensielle negative effekt på samhandelen vil Europakommisjonen ta i betraktning den samlede positive miljøeffekten tiltaket har, sammenholdt med den negative effekten tiltaket har på ikke-støttede virksomheters markedsposisjon og inntekter. Sammenligningsgrunnlaget vil være konkurrenter som driver miljøvennlig uten støtte. Jo mindre den miljøvennlige effekten av støtten antas å være, desto strengere vil Europakommisjonen vurdere støtteordningene.

Europakommisjonen identifiserer i hovedsak to mulige former for vridning som følge av støtte.³⁰⁷ For det første kan støtte medføre at det skjer en vridning på varemarkedet, eksempelvis ved at forbrukere får et insitament til å kjøpe miljøvennlige varer, herunder elektrisitet, på bekostning av andre varer.³⁰⁸ For det andre kan støtten innebære en endring av plassering («localisation») av virksomhet, eksempelvis ved at produsenter vurderer hvor de skal etablere seg for å få de bestefordelene, eller at samhandelen mellom medlemsstatene påvirkes, eksempelvis der foretak konkurrerer over grensene.³⁰⁹ I tilknytning til den førstnevnte formen for vridning fremholder retningslinjene i avsnitt 90 at støtte til miljøformål, naturlig nok, innebærer at miljøvennlige teknologier og produkter favoriseres på bekostning av teknologier og produkter som medfører økt forurensing. Ettersom formålet bak støtten er å avhjelpe en markedssvikt, regnes imidlertid ikke slik støtte å medføre en uberettiget konkurransevridning så lenge støtten reduseres til et minimum av det som er nødvendig.³¹⁰

³⁰⁵ Kylili (2015), s. 227. Slike tendenser vil også kunne gjelde for anbudsordninger som ikke er teknologispesifikke.

³⁰⁶ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 90.

³⁰⁷ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 89.

³⁰⁸ Elektrisitet regnes for å være en vare se pkt. 4.1.

³⁰⁹ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 93.

³¹⁰ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 90.

Det følger av retningslinjene avsnitt 116 at Europakommisjonen «presumes the appropriateness of aid and the limited distortive effects of the aid provided all other conditions are met».³¹¹ For det første ses det hen til hvor målrettet støtteordningen er mot markedssvikten, og om støtten er proporsjonal og begrenset til (forbeholdt) de ekstrakostnadene som grønn elektrisitetsproduksjon medfører. I samsvar med insentivprinsippet legger Europakommisjonen vekt på at støtten ikke medfører negative insentivvirkninger, eksempelvis ved at innovasjon og teknologiutvikling stagnerer.

Som vi har sett over under pkt. 3.5.4.1 og 3.5.4.3, legger retningslinjene stor vekt på at støtteordningene bygger på markedsmekanismer.³¹² Dette innebærer blant annet at elektrisitetsprisene må utsettes for markedet gjennom «marked-based pricing»,³¹³ og videre at støtten fastsettes av markedet i et tillegg til elektrisitetsprisen. Det fremgår av retningslinjene at støtteordninger som innebærer driftsstøtte til produksjon av grønn elektrisitet i prinsippet skal være åpne for alle EØS-statene. Dette vil i henhold til Europakommisjonen både minimere kostnadene støtteordninger medfører for medlemsstatene, og videre «limit the overall distortive effects».³¹⁴ Ettersom de nasjonale fornybarmålene etter fornybardirektivet knytter seg til innenlandsproduksjonen av fornybar energi, oppfordrer Europakommisjonen medlemstatene til å ta i bruk de samarbeidsmekanismene som oppstilles i fornybardirektivet. Europakommisjonen vil «consider positively schemes that are open to other EEA or Energy Community countries».³¹⁵

Det fremgår videre av retningslinjenes avsnitt 99 at Europakommisjonen vil legge «great emphasis on» utvelgelsesprosedyren for støttemottagere i vurderingen av støtteordningenes negative effekter. I henhold til retningslinjene avsnitt 126 innebærer dette bruk av anbuds-

³¹¹ SA.36196 avsnitt 79.

³¹² Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 124.

³¹³ Bjørnebye (2010), s. 42 skriver at en markedsbasert prising av elektrisiteten vil medføre et kostnadseffektivt marked, som igjen antas å være fordelaktig for forbrukere ved at konkurranseevnen til nasjonal industri og produksjon internasjonalt økes som følge av reduserte elektrisitetspriser.

³¹⁴ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 122.

³¹⁵ I en note til dette avsnittet (Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 122, note 64) peker Europakommisjonen på at Ålands vindkraft-saken og Essent Belgium-saken, som på tidspunktet for utarbeidelsen av retningslinjene fremdeles ikke var avgjort av EU-domstolen, ville kunne få betydning for hvorvidt medlemsstatene har adgang til å begrense støtteordningene sine til kun å gjelde nasjonal produksjon av grønn elektrisitet. Som vi skal se kom EU-domstolen til at begge disse støtteordningene kunne opprettholdes til tross for at de innebar en restriksjon på samhandelen etter TFEU art. 34. EU-domstolen fant følgelig at det legitime formålet støtteordningene forfulgte kunne begrunne restriksjon på markedet.

mekanismer «conducted in a non-discriminatory, transparent and open manner, without unnecessarily excluding companies that may compete with projects to address the same environmental or energy objective».³¹⁶ I samsvar med målsettingen bak retningslinjene skal «The selection process (...) lead to the selection of beneficiaries that can address the environmental or energy objectives using the least amount of aid or in the most cost-effective way».³¹⁷

I vurderingen av den britiske CfD-ordningen, viste Europakommisjonen innledningsvis til at ordningen tok i bruk markedsmekanismer, noe som ble ansett som positivt.³¹⁸ Det ble ikke foretatt en dyptpløyende videre vurdering av støtteordningens positive og negative virkninger ettersom Europakommisjonen fant at Storbritannia fulgte føringene i retningslinjene.³¹⁹ Europakommisjonen viste til retningslinjenes avsnitt 116 og uttalte at støtteordninger til fornybar energi presumeres «to have limited distortive effects provided all other compatibility conditions are met».³²⁰

3.6 Styling gjennom «soft law»?

En gjennomgang av retningslinjenes regler for utdeling av driftsstøtte til fornybar energi åpner for flere spørsmål og mulige drøftelser. Som sett under egnethetsvurderingen kan det reises spørsmål om forholdet mellom Europakommisjonens praksis/retningslinjer og forenligheiten med fornybardirektivet. Detaljnivået Europakommisjonen har lagt seg på i retningslinjene har skapt bekymring for at Europakommisjonen er i ferd med å snik-harmonisere medlemsstatenes støtteordninger gjennom bruken av «soft law»-instrumentet.³²¹ En harmonisering av nasjonale støtteordninger til fornybar energi vil være i tråd med Europakommisjonens lenge tilsiktede målsetting.³²² Også forholdet til øvrige bestemmelser i traktaten eksempelvis miljøbestemmelsene i TFEU art. 191-193 eller bestemmelsen som omhandler fornybar energi spesielt i art. 194 (2), kan problematiseres.³²³ Et spørsmål som har vært reist i den sammenheng

³¹⁶ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 99

³¹⁷ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 99

³¹⁸ SA.36196, s. 16 avsnitt 79

³¹⁹ SA.36196, s. 16 avsnitt 82

³²⁰ SA.36196, s. 16 avsnitt 83

³²¹ Johnston (2014), s. 44 og 49

³²² Se Banet (2012), s. 74 flg.

³²³ Wiesbrock peker på at retningslinjenes krav om teknologinøytrale støtteordninger til grønn elektrisitetsproduksjon gjør at Europakommisjonen går utover diskresjonskompetansen den har etter TFEU art. 107 (3), et-

er om retningslinjene undergraver det handlingsrommet medlemsstatene har i henhold til nevnte traktatsbestemmelser og EU-domstolens praksis på området.³²⁴

I utgangspunktet er spørsmålstillingene trukket frem over uproblematisk i den forstand at Europakommisjonens retningslinjer ikke er rettslig bindende instrumenter, verken for nasjonale myndigheter eller domstoler. I en sak for EU-domstolen vil en beslutning i tråd med retningslinjene, men i strid med rettslige bindende normer som fornybardirektivet, derfor ikke opprettholdes. Retningslinjene har i kraft av sin status som «soft law» imidlertid en faktisk virkning på medlemsstatenes utforming av nasjonale støtteordninger.³²⁵ Den manglende rettslige statusen er av mindre betydning der medlemsstatene retter seg etter retningslinjene gjennom aksept,³²⁶ eller i frykt for negativ beslutning fra Europakommisjonens side. Dette gjør at Europakommisjonen har en mulighet til å styre medlemsstatenes utforming av støtteordninger til fornybar energi i en retning som er uforenlig med den øvrige EU-retten, uten å ha hjemmel til det.

En slik styring gjennom «soft law» er problematisk av flere grunner. For det første mangler prosedyren for utforming av retningslinjene den legitimitet som følger av en lovgivningsprosedyre, jf. TFEU art. 289. Europakommisjonen inviterer medlemsstatene til et drøftelsesmøte, men beslutter endelig innhold i retningslinjene uten å innhente innspill fra medlemsstatene.³²⁷ Dette gjør at medlemsstatene spiller en beskjedne rolle ved utforming av retningslinjene, og at endelige retningslinjer ikke nødvendigvis gir uttrykk for nasjonale synspunkter. På bakgrunn av gjennomgangen i pkt. 3.5.4.1 kan det anføres at retningslinjene ikke tar tilbørlig hensyn til erfaringer fra praksis i medlemsstatene, og kompromitterer EUs fornybarmålsetting.

For det andre er de øvrige EU-institusjonen ikke deltakere ved vedtagelsen/utformingen av retningslinjene. Johnston peker på at Europakommisjonens bruk av retningslinjer på området for fornybar energi er i fare for å undergrave deltakelsen til andre EU-institusjoner, jf. TFEU

tersom den begrenser medlemsstatenes kompetanse til å bestemme over egen energimiks, jf. TFEU art. 194 (2). Sjøfjell (2015), s. 93. Se også Johnston (2014), s. 49-54

³²⁴ Johnston (2014), s. 45

³²⁵ Se pkt. 3.4.2 og 3.4.3.

³²⁶ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 251.

³²⁷ Cini (2001), s. 201.

art. 194 (2), deriblant EU-parlamentet som spiller en sentral rolle i den alminnelige lovgivningsprosedyren, jf. TFEU art. 289 og art. 294.³²⁸

Et spørsmål som kan stilles er hvilken legitimitet Europakommisjonen har til å skjære gjennom i en debatt om hva som er mest egnede støtteordninger, og videre regulere et område som EU-lovgiver viker tilbake fra å utforme harmoniserende regler på.

Ettersom medlemsstatene oppfordres til å akseptere retningslinjene kan det argumenteres for at medlemsstatenes aksept danner grunnlaget for retningslinjenes legitimitet.³²⁹ Som sett viker imidlertid ikke Europakommisjonen tilbake fra å påtvinge uvillige medlemsstater retningslinjene med trussel om bruk av rettslige bindende avgjørelser.³³⁰ Det har i den sammenheng blitt hevdet at Europakommisjonen «needs the political weight of the consenting member states behind it to justify this more heavy-handed enforcement of its own rules», og følgelig ikke vil trumfe igjennom retningslinjene der den politiske uenigheten er stor.³³¹ Dette er det imidlertid vanskelig å uttale seg om med sikkerhet.

3.7 Sammenfatning – miljøhandlingsrom innenfor statsstøtteregeverket

Vi har sett at det avhenger av støtteordningenes utforming om de faller inn under forbudet i TFEU art. 107 (1) eller ikke. For grønne sertifikatordninger og feed-in-tariffer er det særlig vilkåret om at støtten må være gitt av statsmidler som avgjør hvilket regelsett ordningen skal vurderes etter. Selv om Europakommisjonen har strammet grepet om medlemsstatenes utforming av støtteordninger til fornybar energi, har nasjonale myndigheter et handlingsrom å utnytte i henhold til PreussenElektra-avgjørelsen. Dette handlingsrommet er imidlertid ikke klart definert.

Den strenge markedsbaserte tilnærmingen som Europakommisjonen har valgt i retningslinjene jf. TFEU art. 107 (3), gjør at det kan hevdes at medlemsstatene ikke gis et tilstrekkelig stort miljøhandlingsrom ved utformingen av støtteordninger til fornybar energi. Hensynet til miljøet kan tale for at det anlegges en mer fleksibel tilnærming, der nasjonale forhold og hen-

³²⁸ Johnston (2014), s. 49.

³²⁹ Retningslinjene (2014-2020), avsnitt 251.

³³⁰ se pkt. 3.4.3.

³³¹ Cini (2001), s. 202.

synet til ulike modningsstadier for forskjellige fornybarteknologier tas med i betraktning.³³²

På bakgrunn av dette kan det tenkes at nasjonale myndigheter kan se seg tjent med å utforme støtteordninger som faller utenfor statsstøtteregelverket.

Under skal vi se hvilke rammer varereglene oppstiller for nasjonale myndigheters miljøhandlingsrom ved utformingen av støtteordninger til fornybar energi.

³³² Sjøfjell (2015), s. 92.

4 Grønn dreining gjennom importrestriksjoner

4.1 Innledning

Fornybardirektivet oppfordrer medlemsstatene til å opprette nasjonale støtteordninger til fornybar energi, til tross for at slike nasjonale støtteordninger kan medføre hindringer for handelen mellom medlemslandene. Som nevnt innebærer ikke fornybardirektivet en totalharmonisering av medlemsstatenes utforming av nasjonale støtteordninger. Medlemsstatene må dermed holde seg innenfor rammene av traktatsbestemmelsene som verner om de fire frihetene.³³³

Avhengig av hvordan de nasjonale støtteordningene utformes, kan forskjellige EU-rettslige problemstillinger reises. For eksempel vil innføringen av en energiavgift som behandler nasjonalprodusert og utenlands produsert energi etter forskjellige kriterier, reise spørsmål i tilknytning til TFEU art. 110/EØS-avtalen art. 14 og TFEU art. 30/EØS-avtalen art 10 som forbyr forskjellige former for avgifter.³³⁴ Ettersom nasjonale støtteordninger kan medføre at det etableres et hjemmemarked for energiomsetning som gjør eksport av energi mer byrdefullt, kan det også tenkes støtteordninger som reiser spørsmål om forbudet mot eksportrestriksjoner i TFEU art. 35/EØS-avtalen art. 12 er overtrådt.³³⁵ En behandling av de spørsmålene disse bestemmelsene reiser vil imidlertid sprengte rammene for denne avhandlingen.

EU-domstolen har kategorisert elektrisitet som en vare.³³⁶ Ved vurderingen av støtteordninger til fornybar energi er derfor først og fremst reglene om fri bevegelse av varer som reiser spørsmål.³³⁷ I det følgende er det støtteordninger/tiltak som utfordrer forbudet mot importrestriksjoner og tiltak med tilsvarende virkning, jf. TFEU art. 34, som vil bli behandlet.

³³³ C-215/87 avsnitt 15.

³³⁴ C-213/96, C-206/06. For en behandling av forholdet mellom TFEU art. 107 og art. 30 og art. 110, se Stefens (2014), s. 59-88 og Johnston (2012), s. 341. Hvilken av disse to bestemmelsene (TFEU art. 30 eller TFEU art. 110) som er aktuelle avhenger av om avgiften pålegges som følge av at varen krysser en landegrense eller ikke. Dersom avgiften pålegges fordi varen krysser en landegrense, vil forholdet til forbudet mot toll og avgifter med tilsvarende virkning som toll (TFEU art. 30) være aktuelt. Forholdet til forbudet mot proteksjonistiske interne avgifter (TFEU art. 110) er aktuelt der avgiftene er en del av det interne avgiftssystemet.

³³⁵ Sejersted (2011), s. 331.

³³⁶ Dette ble for første gang stadfestet i C-6/64. Et spørsmål som har vært reist er om opprinnelsessertifikater også er å anse som «vare». EU-domstolen kom i Essent Belgium-saken til at det ikke var grunn til å ta stilling til dette spørsmålet ettersom restriksjonen støtteordningen innebar uansett var «justified», se C-206-208/12 avsnitt 81. Denne problemstillingen vil ikke bli vurdert nærmere i denne oppgaven.

³³⁷ C-393/92, avsnitt 28, C-379/98, avsnitt 68, C-573/12, avsnitt 56.

I denne delen blir derfor et første hovedspørsmål om støtteordningen innebærer et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon jf. TFEU art. 34. Jeg vil ta utgangspunkt i tre forskjellige former for støtteordninger til fornybar energi: grønne sertifikatordninger, forbud mot bruk av fossil olje til oppvarming, og krav til at produkter er produsert ved hjelp av fornybar energi (produksjonskrav). Disse er valgt for å illustrere et mangfold av støtteordninger, samtidig som de er egnet til å illustrere forskjellige rettslige vurderingstemaer.

Det andre hovedspørsmålet er om støtteordningene allikevel kan aksepteres/opprettholdes etter TFEU art. 36 eller den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn der de utgjør en restriksjon etter TFEU art. 34.

4.2 Utvalgte støtteordninger til fornybar energi og forbudet mot tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner

4.2.1 Innledende bemerkninger om bestemmelsens innhold

Innholdet i TFEU art. 34 har utviklet seg over tid og er gjenstand for omfattende rettspraksis. Bestemmelsen lyder: «*Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between Member States*».³³⁸

Kvantitative importrestriksjoner vil være mengdemessige begrensinger på import av varer, typisk importkvoter eller importforbud.³³⁹ I dag er det tiltak med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriksjoner som reiser de mest interessante vurderingstemaene. Det er imidlertid ingen grunn til å trekke opp et klart skille mellom disse to delene av bestemmelsen: Spørsmålet er hva som kan anses for å være et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon jf. TFEU art. 34.³⁴⁰ Den grunnleggende avgjørelsen i den sammenheng er Dassonville-saken fra 1974 som omhandlet belgiske regler som forbød import av brennevin, i den aktuelle saken skotsk whisky, uten vedlagt opprinnelsessertifikat. EU-domstolen formulerte her innholdet av bestemmelsen: «All trading rules enacted by Member States which are capable of hindering, *directly or indirectly, actually or potentially*, intra-

³³⁸ Min kursivering.

³³⁹ Sejersted (2011), s. 313.

³⁴⁰ I det følgende kommer jeg derfor ikke til å skille mellom importrestriksjon og tiltak med tilsvarende virkning.

Community trade are to be considered as measures having an effect equivalent to quantitative restrictions».³⁴¹ Poenget er å ramme alle nasjonale bestemmelser som hindrer eller kan hindre importen av varer mellom medlemsstatene.³⁴² Bestemmelsen er følgelig tolket vidt.

Innholdet av denne formuleringen har blitt nærmere klarlagt i praksis. I Mopedsaken som omhandlet et Italiensk forbud mot bruk av tilhenger på mopeder, foretar EU-domstolen en gjennomgang av rettstilstanden på området for TFEU art. 34. EU-domstolen skiller mellom tre former for tiltak som kan innebære en restriksjon etter bestemmelsen; tiltak som diskriminerer utenlandske varer, indirekte eller direkte, regler om produktkrav, og andre tiltak som hindrer markedsadgangen.³⁴³ I det følgende skal de tre utvalgte støtteordningene til fornybar energi vurderes i lys av innholdet av TFEU art. 34 utpenslet gjennom rettspraksis.

Det er gjennom rettspraksis foretatt enkelte presiseringer som begrenser rekkevidden av Dassonville-formuleringen. For det første oppstilles det et adekvanskrav som innebærer at der tiltakets virkning på samhandelen er usikker og indirekte, vil det ikke utgjøre et tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon.³⁴⁴ For det andre må det trekkes opp en grense mellom nasjonale reguleringer som hindrer adgangen til markedet og de som regulerer hvordan varene skal omsettes på det nasjonale markedet (bestemte former for salg). I henhold til Keck-doktrinen er sistnevnte reguleringer tillatt så fremt de påvirker omsetningen av innenlandske og importerte varer på samme måte, rettslig og faktisk.³⁴⁵ Ingen av disse begrensningene gjør seg imidlertid gjeldende for vurderingen av de utvalgte støtteordningene som vi skal se nærmere på under.

³⁴¹ C-8/74 avsnitt 5, min kursivering.

³⁴² Sejersted (2011), s. 313, bortsett fra tiltak som rammes av TFEU art. 28, art. 30 og art. 110-111.

³⁴³ C-110/05 avsnitt 33-37, og de Sadeleer (2014), s. 272 For å kartlegge innholdet i TFEU art. 34 kan man tilnærme seg på forskjellige måter. En måte er å skille mellom opprinnelsesnøytrale og opprinnelsesbestemte tiltak. For de opprinnelsesnøytrale tiltakene må det videre skilles mellom de som regulerer adgangen til markedet og de som kun regulerer omsetningen på markedet. En annen tilnærming er å dele mellom de tiltakene som begrenser produkters adgang på markedet og de som forskjellsbehandler utenlandske og innenlandske produkter. Se Sejersted (2011), s. 321.

³⁴⁴ C-93/92 avsnitt 12: «the restrictive effects which the said obligation to provide information might have on the free movement of goods are too uncertain and too indirect to warrant the conclusion that it is liable to hinder trade between Member States». Adekvanskravet må skilles fra *de minimis*-reglen som gjelder på området for statsstøtte. *De minimis*-reglen innebærer at støtte kan anses for å være for ubetydelig til å omfattes av forbudet mot statsstøtte. Det gjelder ingen tilsvarende regel for TFEU art. 34. se Barnard (2007), s. 96

³⁴⁵ C-267 og 268/91.

4.2.2 Grønne sertifikatordninger i lys av TFEU art. 34

4.2.2.1 *Eksempler på grønne sertifikatordninger*

El-sertifikatordningen Norge har i samarbeid med Sverige, trekkes frem som ett av flere tiltak norske myndigheter har satt i verk for å fremme bruken av fornybar energi.³⁴⁶ Denne ordningen er et enkeltstående eksempel på at en felles støtteordning mellom avtalepartene jf. Fornybardirektivet art. 11, har blitt tatt i bruk. El-sertifikater utstedes til produksjonsanlegg som produserer elektrisk energi basert på fornybare energikilder.³⁴⁷ Støtteordningen er teknologinøytral i den forstand at loven ikke skiller mellom forskjellige fornybarkilder.³⁴⁸ Loven oppstiller en el-sertifikatplikt for:

- «a) enhver som leverer elektrisk energi til sluttbruker,
- b) enhver som forbruker elektrisk energi som er egenprodusert, og
- c) enhver som kjøper elektrisk energi til eget forbruk på den nordiske kraftbørsen eller gjennom bilateral avtale»³⁴⁹

El-sertifikatene utdeles til godkjent produksjonsanlegg for hver megawatttime grønn energi som produseres. De el-sertifikatpliktige har valget mellom å kjøpe grønn elektrisitet med grønne sertifikater fra de utvalgte produsentene, eller kjøpe grønne sertifikater på sertifikatmarkedet. Dersom en el-sertifikatpliktig ikke er i stand til å fremlegge tilstrekkelig el-sertifikater ved årlig kontroll, vil det pålegges en avgift.³⁵⁰ Selv om ikke loven krever at produksjonen av fornybar energi skjer på norsk eller svensk territorium, forutsettes dette i forarbeidene til loven.³⁵¹ Spørsmålet om en slik territoriell begrensning er forenlig med TFEU art. 36/EØS-avtalen art. 13 var oppe for EU-domstolen i Ålands vindkraft-saken³⁵² 2014, og vil bli behandlet nedenfor.

³⁴⁶ Olje- og Energidepartementet (2012), s. 77.

³⁴⁷ Lov om elsertifikater § 6 jf. §7.

³⁴⁸ Lov om elsertifikater § 7.

³⁴⁹ Lov om elsertifikater § 16.

³⁵⁰ Lov om elsertifikater § 20 og § 21.

³⁵¹ C-573/12 avsnitt 12, og prop.101 L (2010-2011), s. 10.

³⁵² C-573/12.

En annen støtteordning som tar i bruk grønne sertifikater er den flamske ordningen som ble vurdert i Essent Belgium-saken.³⁵³ Denne saken var oppe for EU-domstolen parallelt med Ålands vindkraft-saken, og ble avgjort i overensstemmelse med sistnevnte.

Den flamske ordningen er i likhet med el-sertifikatordningen mellom Norge og Sverige basert på tildeling av sertifikater til produsenter av grønn elektrisitet. Sertifikatene tildeles per 1000 kilowattime grønn elektrisitet som produsenten kan godtgjøre har blitt produsert i regionen Flandern.³⁵⁴ I motsetning til den svensk/norske ordningen, følger det således direkte av bestemmelsene i det flamske regelverket at sertifikatene tildeles produsenter i Flandern. I henhold til regelverkets art. 23 (1) skal enhver som leverer elektrisitet til sluttbruker, som er tilsluttet distribusjonsnettet eller transmissionsnettet, årlig fremlegge et bestemt antall grønne sertifikater. Dersom dette ikke gjøres blir den sertifikatpliktige pålagt en bot tilsvarende 125 euro per manglende sertifikat.³⁵⁵ I henhold til art. 24 fastsetter den flamske regjeringen hvilke sertifikater som kan oppfylle regelen i art. 23 (1). Det følger videre at den flamske regjeringen, etter å ha konsultert Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt (VREG),³⁵⁶ kan godkjenne grønne sertifikater som ikke er knyttet til produksjon i Flandern, jf. art. 25.³⁵⁷ I Essent Belgium-saken, som vil behandles under, aksepterte ikke VREG grønne sertifikater fra Norge og Nederland.³⁵⁸

4.2.2.2 Harmonisering av adgangen til å åpne nasjonale støtteordninger for grønn elektrisitetsproduksjon fra andre medlemsstater?

Som vi har sett under pkt. 1.3 innebærer ikke fornybardirektivet en totalharmonisering av medlemsstatenes utforming av støtteordninger. Tvert i mot er medlemsstatene gitt en vid skjønnsmargin ved utformingen av nasjonale støtteordninger til fornybar energi. Det har imidlertid vært stilt spørsmål ved om fornybardirektivet innebærer en totalharmonisering av medlemsstatenes adgang til å åpne støtteordninger for elektrisitetsproduksjon fra andre medlems-

³⁵³ Den flamske ordningen ble opphevet i 2009, men kan allikevel tjene som eksempel på støtteordning med territoriell restriksjon. C-204-208/12 avsnitt 15.

³⁵⁴ C-204-208/12 avsnitt 27.

³⁵⁵ C-204-208/12 avsnitt 22.

³⁵⁶ Som er det offentlige organet ansvarlig for tildeling og kontroll med sertifikater.

³⁵⁷ C-204-208/12 avsnitt 21.

³⁵⁸ C-204-208/12 avsnitt 31-32.

stater.³⁵⁹ Det vil si at medlemsstatene kun kan bruke samarbeidsmekanismene i fornybardirektivet art. 5-11 dersom de ønsker å åpne støtteordningene sine for grønn energi fra andre medlemsstater, og følgelig være forhindret fra å åpne støtteordningene for andre medlemsstater der disse mekanismene ikke brukes. I så tilfelle vil det ikke vært nødvendig med en vurdering av forholdet til TFEU art. 34 og art. 36.³⁶⁰

En slik tolkning av fornybardirektivet har holdepunkter i fortalens avsnitt 25 der det fremgår at: «it is essential that Member States are able to *determine if and to what extent their national support schemes apply to energy from renewable sources produced in other Member States* and to agree on this by *applying the cooperation mechanisms provided for in this Directive*».³⁶¹

I Ålands vindkraft-saken tok EU-domstolen stilling til spørsmålet. Den svenske energimyndigheten argumenterte for at fornybardirektivet innebar en harmonisering av Sveriges adgang til å tillate produsenter av grønn elektrisitet fra andre medlemsstater deltagelse i støtteordningen, og at TFEU art. 34 dermed ikke kom til anvendelse. På bakgrunn av det store handlingsrommet fornybardirektivet gir medlemsstater når det gjelder utforming av støtteordninger, kunne EU-domstolen imidlertid ikke se at fornybardirektivet innebar en harmonisering som kunne utelukke en vurdering etter TFEU art. 34: «it cannot be considered that, in covering that aspect of the territorial scope of national support schemes, the harmonisation brought about by Directive 2009/28 in the field of support schemes was of such a kind as to preclude an examination of their compatibility with Article 34 TFEU».³⁶² Etter denne avgjørelsen fra EU-domstolen må det legges til grunn at fornybardirektivet ikke harmoniserer adgangen til å åpne nasjonale støtteordninger for grønn energi fra andre medlemsstater. Nasjonale støtteordninger må vurderes etter TFEU art. 34, og videre, om nødvendig, legitimeres i medhold av TFEU art. 36 eller læren om tvingende allmenne hensyn.

³⁵⁹ Generaladvokat Bots instilling til C-204-208/12, Banet (2012), s. 287-288, Den svenske energimyndigheten påberopte seg en slik forståelse av fornybardirektivet i Ålands-vindkraft-saken avsnitt 56: «Directive 2009/28 is a harmonisation measure which expressly provides that Member States are under no obligation to open up their support schemes to green electricity produced in other Member States and that such a course of action is merely an option for those States, which, if taken up, must be exercised strictly in the manner prescribed by the directive».

³⁶⁰ C-573/12 avsnitt 56-57.

³⁶¹ Min kursivering.

³⁶² C-573/12 avsnitt 63.

I den sammenheng kan det imidlertid påpekes at dersom medlemsstatene velger å åpne støtteordningene sine for grønn energi fra andre medlemsstater uten å ta i bruk samarbeidsmekanismene i fornybardirektivet, vil produksjonen av grønn energi utenfor eget territorium ikke regnes med i oppnåelsen av det nasjonale fornybarmålet. Dette tilsier at medlemsstatene i alle fall bør benytte seg av samarbeidsmekanismene dersom de ønsker å åpne for grønn energi fra andre medlemsstater. Å benytte samarbeidsmekanismene er, etter Ålands vindkraftavgjørelsen, imidlertid ingen garanti for at støtteordningen er i overensstemmelse med varereglene.

4.2.2.3 Tiltak med territoriell begrensning i lys av EU-domstolens praksis

Som vi har sett, forutsetter fornybardirektivet art. 3 at medlemsstatene iverksetter nasjonale støtteordninger til fornybar energi. For å fremme investeringer i grønn elektrisitetsproduksjon har medlemsstatene blant annet tatt i bruk grønne sertifikatordninger. Disse støtteordningene har som regel et begrenset anvendelsesområde, det vil si at sertifikater kun tildeles grønne elektrisitetsprodusenter på eget territorium, og videre, at kun de sertifikatene som deles ut i henhold til støtteordningen aksepters som bevis på bruk/produksjon av grønn elektrisitet. En slik territoriell begrensning kan medføre at innlandsprodusert grønn elektrisitet får et handelsfortrinn sammenlignet med importert grønn elektrisitet. Nasjonalt begrensede støtteordninger kan på denne måten utgjøre en restriksjon på samhandelen som TFEU art. 34 rammer.³⁶³

I Du Pont de Nemours-saken slo EU-domstolen uttrykkelig fast at territoriale begrensninger er å anse som «tiltak med tilsvarende virkning» i medhold av Dassonville-formuleringen. Denne saken omhandlet en italiensk regulering som etablerte en anbuds mekanisme for innkjøp av radiologisk film, der 30 % av den totale summen var forbeholdt foretak etablert i Sør-Italia. EU-domstolen uttalte her følgende:

«It must be pointed out in that regard that such a system, which favours goods processed in a particular region of a Member State, prevents (...) from procuring some of the supplies (...) from undertakings situated in other Member States. Accordingly, it must be held that products originating in other Member States suffer discrimination in compari-

³⁶³ Scholz (2014), s. 91.

son with products manufactured in the Member State in question, with the result that the normal course of intra-Community trade is hindered».³⁶⁴

For støtteordninger til fornybar energi er PreussenElektra-saken den sentrale avgjørelsen. EU-domstolen kom her til at feed-in-tariffen i den tyske Stromeinspeisungsgesetz innebar en restriksjon i medhold av TFEU art. 34:

«In this case, Paragraphs 1 and 2 of the amended Stromeinspeisungsgesetz expressly state that the purchase obligation imposed on electricity supply undertakings *applies only to electricity produced from renewable energy sources* within the scope of that statute and *within the respective supply area of each undertaking* concerned, and is therefore capable, *at least potentially*, of hindering intra-Community trade»³⁶⁵

EU-domstolen har, som nevnt, nylig avsagt to avgjørelser om grønne sertifikatordninger; Ålands vindkraft og Essent Belgium. Grønne sertifikatordninger vil følgelig vurderes i lys av disse to avgjørelsene.

Grønne sertifikatordninger kan innebære restriksjoner på to nivåer. For det første ved valg av sertifikatmottakere, det vil si hvilke produsenter som er berettiget til å motta grønne sertifikater; om produsentene må være situert lokalt eller om produsenter etablert i andre medlemsland også kan få tildelt sertifikater. For det andre kan grønne sertifikatordninger medføre en restriksjon gjennom regulering av hvilke sertifikater som aksepteres for å oppfylle kvoteplikten.³⁶⁶

Ålands vindkraft-saken gjaldt Ålands vindkraft AB, en finsk produsent av grønn elektrisitet, på Ålandsøyene med nettilknytning til Sverige, som søkte den svenske energimyndigheten om tildeling av sertifikater etter el-sertifikatordningen. Ålands vindkraft AB fikk avslag med den begrunnelse at det kun var grønn elektrisitetsproduksjon på svensk territorium som var omfattet av sertifikatordningen. Banet peker på at dette trekket ved grønne sertifikatordninger har mindre innvirkning på den frie flyten av elektrisitet ettersom produsenter av grønn elektrisitet

³⁶⁴ C-21/88 avsnitt 11.

³⁶⁵ C-379/98 avsnitt 71, min kursivering.

³⁶⁶ Banet (2012), s. 290 flg.

på andre medlemsstaters territorium ikke ekskluderes fra det innenlandske elektrisitetsmarkedet. Det er kun på sertifikatmarkedet utenlandske produsenter ikke inkluderes på lik linje.³⁶⁷

I EU-domstolens avgjørelse i Ålands vindkraft-saken ble det imidlertid ikke vist til dette skillet. Innledningsvis viste EU-domstolen til at el-sertifikatordningen kunne være «capable, in various ways, of hindering — at least indirectly and potentially — imports of electricity, especially green electricity, from other Member States».³⁶⁸ Videre ble det vist til at den svenske lovgivningen krevde at elektrisitetsdistributører og enkelte brukere må fremlegge et visst antall grønne sertifikater hvert år og at kun sertifikater under den nasjonale ordningen ble akseptert. Ettersom det kun er produsenter av grønn elektrisitet i Sverige som får tildelt slike sertifikater, er det kun svenske produsenter som har mulighet til å selge både grønne sertifikater og grønn elektrisitet. Det pekes på at det er ingenting i lovgivningen som forhindrer fornybarprodusenter å tilby et «pakketilbud», noe som åpner opp for forhandlinger mellom produsenter og sertifikatpliktige, og på den måten gjør det lettere å etablere kontraktsforhold.³⁶⁹ Det faktum at produsenter av grønn elektrisitet i prinsippet kan selge sertifikatene uavhengig av energien på et åpent og konkurransedyktig marked kunne ifølge EU-domstolen ikke endre på dette.³⁷⁰ EU-domstolen pekte i den sammenheng på at selv om denne ulempen (restriksjonen) ikke følger av et tiltak iverksatt av staten, men av handelspraksis mellom aktørene på markedet, er staten ansvarlig for å fatte tiltak som forhindrer at en slik restriksjon finner sted.³⁷¹

Den flamske støtteordningen som var oppe til behandling i Essent Belgium-saken omhandlet et tilfelle av manglende aksept av sertifikater fra andre land (såkalte «guarantees of origin» heretter kalt opprinnelsessertifikater), deriblant fra Norge. Det ble i denne saken reist spørsmål om hvorvidt opprinnelsessertifikater kan karakteriseres som en vare, og om støtteordningen kunne anses for å være en restriksjon på den frie bevegelse av varer ved å nekte å akseptere opprinnelsessertifikater fra andre medlemsstater.³⁷² EU-domstolen pekte på forskjeller mellom grønne sertifikater som hører til en støtteordning og opprinnelsessertifikater som har

³⁶⁷ Banet (2012), s. 291.

³⁶⁸ C-573/12 avsnitt 67 og C-204-208/12 avsnitt 83.

³⁶⁹ C-573/12 avsnitt 67-70 «there is nothing in that legislation to stop the producers from selling those certificates together with the electricity that they produce, as a package». Se videre Banet (2012), s. 292.

³⁷⁰ C-573/12 avsnitt 71-72.

³⁷¹ C-573/12 avsnitt 74, for nærmere utdyping, se Banet (2012), s. 293.

³⁷² C-204-208/12 avsnitt 78.

som eneste funksjon å dokumentere opphavet/energikilden til elektrisiteten. EU-domstolen konkluderte ikke endelig på spørsmålet om opprinnelsessertifikater er å anse som en vare, ettersom støtteordningen uansett kunne legitimeres.³⁷³ EU-domstolen sluttet seg etter dette til vurderingen i Ålands vindkraft-saken.³⁷⁴

Konklusjonen ble følgelig i begge sakene at de grønne sertifikatordningene var egnet til, i det minste, «potentially, (...) curb electricity imports from other Member States» jf. den vide Dassonville-formuleringen av tiltak med tilsvarende virkning.³⁷⁵

I likhet med feed-in-tariffer er grønne sertifikatordninger direkte diskriminerende tiltak i henhold til Dassonville-formuleringen. Hvorvidt et tiltak er direkte eller indirekte diskriminerende har imidlertid, der vi ikke har med reguleringen av bestemte former for salg å gjøre, først og fremst betydning for muligheten for å gjøre unntak der det foreligger en restriksjon på markedet i henhold til TFEU art. 34. Dette vil vurderes under pkt. 4.3.

4.2.3 Forbud mot bruk av visse energikilder som innsatsfaktor

4.2.3.1 Forslag om å innføre forbud mot oljefyring

Et virkemiddel som indirekte er med på å fremme fornybar energi er lovbestemte begrensninger på bruken av oljefyr med fossil olje som innsatsfaktor. Norge har allerede innført et forbud mot bruk av oljefyr med fossil olje som grunnlast ved konstruksjonen av nye bygg.³⁷⁶ I henhold til Meld. St. 21 (2011-2012) ønsker regjeringen å fase ut bruken av oljekjeler i husholdninger og til grunnlast frem mot 2020.³⁷⁷ Miljødirektoratet kom 12.03.15 med forslag til forskrift om forbud mot bruk av fossil olje til oppvarming i boliger og øvrige bygninger.³⁷⁸ Danmark har allerede vedtatt et slikt forbud som vil gjelde fra 2016.³⁷⁹ Det danske forbudet mot bruk av fossil olje til oppvarming i nye bygg ble notifisert til Europakommisjonen i henhold til direktiv 98/34/EC som krever av medlemsstatene at de legger frem planer og regule-

³⁷³ C-204-208/12 avsnitt 81.

³⁷⁴ C-204-208/12 avsnitt 77-83.

³⁷⁵ Se C-573/12 avsnitt 73 og tilsvarende formulering i C-204-208/12 avsnitt 87 jf. C-8/74 avsnitt 5.

³⁷⁶ Byggeteknisk forskrift § 14-7(1).

³⁷⁷ Pkt 1.8 «En klimavennlig byggsektor».

³⁷⁸ Miljødirektoratet (2015a).

³⁷⁹ Se notifikasjon til Europakommisjonen iht. 98/34/EF nummer: 2013/192/DK, og Miljømagasinet PUTSJ (2015).

ring av tekniske standarder før gjennomføring.³⁸⁰ I henhold til den notifikerte reguleringen skal det i Danmark ikke være forbudt å installere olje- og gassfyr, der disse utelukkende bruker fornybar energi, eksempelvis bioolje. Det følger videre enkelte presiseringer/unntak fra forbudet.³⁸¹ Forbud mot bruk av oljefyr er et tiltak som er ment å redusere utslipp av klimagasser og videre, indirekte fremme bruken av fornybare energikilder.³⁸² En økt bruk av fornybar energi til oppvarming er i tråd med fornybardirektivet jf. art. 4. I det følgende skal et slikt tiltak vurderes opp mot forbudet i TFEU art. 34.

4.2.3.2 Forbud mot oljefyring i lys av TFEU art. 34

En regulering som forbyr bruk av fossil olje til oppvarming i boliger er en bruksregulering, det vil si en regulering som sier noe om hvor, hvordan, når og hvem som kan benytte en vare. Det følger av EU-domstolens avgjørelse i Moped-saken, som omhandlet et forbud mot bruk av tilhengere til moped og motorsykel, at bruksreguleringer faller inn under den vide kategoriseringen av «tiltak med tilsvarende virkning» i Dassonville-saken, dersom de hindrer utenlandske produkter adgangen til innenlandsmarkedet. Dette følger av avsnitt 37, der EU-domstolen uttaler: «*Any other measure which hinders access of products originating in other Member States to the market of a Member State is also covered by that concept*».³⁸³ Selv om en bruksregulering ikke er sammenfallende med en importrestriksjon, kan bruksbegrensninger utgjøre en hindring på markedsadgangen for utenlandske produkter ettersom de medfører at det ikke etableres et innenlandsmarked for produktet.³⁸⁴ I Moped-saken påpeker EU-domstolen at «a prohibition on the use of a product in the territory of a Member State has a considerable influence on the behaviour of consumers, which, in its turn, affects the access of that product to the market of that Member State».³⁸⁵ Bruksreguleringer som hindrer markedsadgangen for en vare faller inn under forbudet i TFEU art. 34, uavhengig av om reguleringen knytter seg til varens opprinnelse eller ikke.³⁸⁶

³⁸⁰ De Sadeleer s. 322.

³⁸¹ Bl.a. nødsituasjonskraftanlegg er ikke omfattet. Det kan videre dispenseres fra forbudet hvis det ikke er egnede alternativer tilgjengelig.

³⁸² Nasjonal handlingsplan for fornybar energi i henhold til Direktiv 2009/28/EC, s.46.

³⁸³ C-110/05 avsnitt 37 og 58, min kursivering.

³⁸⁴ I motsetning til bruksreguleringer vil importrestriksjoner være diskriminerende tiltak ettersom forbudet knytter seg til det faktum at varen krysser en grense. Et importforbud er ikke til hinder for at det eksisterer ett innenlandsk marked for varen.

³⁸⁵ C-110/05 avsnitt 56.

³⁸⁶ C-110/05 avsnitt 50 og C-142/05 avsnitt 26, se videre Sejersted (2011), s. 323.

Vurderingstemaet er følgelig hvorvidt et forbud mot bruk av fossil olje til oppvarming «hindrer markedsadgangen» for henholdsvis fossil olje og oljekjeler.

Det følger av rettspraksis at ikke enhver bruksregulering «hindrer markedsadgangen» og innebærer en restriksjon i henhold til TFEU art. 34.³⁸⁷ I Vannscooter-saken presiserer EU-domstolen hva som skal til for at en bruksregulering «hindrer markedsadgangen»:

«In that regard, where the national regulations (...) have the effect of *preventing users of personal watercraft from using them for the specific and inherent purposes for which they were intended* or of *greatly restricting their use*, (...) such regulations have the effect of hindering the access to the domestic market in question for those goods and therefore constitute, (...) measures having equivalent effect to quantitative restrictions on imports prohibited by Article 28 EC.»³⁸⁸

Vi ser at der en bruksreguleringer *forhindrer/forbyr*, eller *vesentlig begrenser*, bruken av en vare, hindres markedsadgangen i strid med TFEU art. 34. Avgjørelsen viser her til en terskelvurdering. Hvor høy denne terskelen er, er imidlertid ikke klart.³⁸⁹ Det faller utenfor denne oppgaven å foreta en dyptpløyende vurdering av hvor terskelen ligger. Her er det nok å påpeke at traktatens forbudsregler normalt heller tolkes utvidende, enn innskrenkende, og at EU-domstolen har en formålsorientert tilnærming til rettslige spørsmål.³⁹⁰ Det følger av dette at det må legges vekt på om bruksreguleringen forhindrer at det reelt sett etableres et marked for det aktuelle produktet jf. Mopedsaken.³⁹¹

³⁸⁷ C-110/05 avsnitt og C-142/05 avsnitt.

³⁸⁸ C-142/05 avsnitt 28.

³⁸⁹ Sjøberg (2010): Det kan vises til to mulige tolkninger av vurderingstemaet «hindrer markedsadgangen». For det første kan EU-domstolens praksis tolkes dithen at det kun er bruksreguleringer som nærmest innebærer et bruksforbud som hindrer varens markedsadgang, og følgelig innebærer en restriksjon i henhold til TFEU art. 34. For det andre kan det tas til orde for at det må foretas en bredere vurdering av om en bruksregulering medfører en ulempe for importør og selger av varen. Sjøberg tar til ordet for at førstnevnte tolkningsalternativ må legges til grunn. Det kan videre stilles spørsmål ved perspektivet man antar ved vurderingen av hvorvidt bruksreguleringen er et tilnærmet bruksforbud. Det er markedsaktørens synsvinkel som må anlegges ettersom forbudsregelen ikke er ment å beskytte handlefriheten til den enkelte borger, men sikre adgangen til markedet for varer fra andre medlemsstater.

³⁹⁰ se pkt. 1.3.

³⁹¹ C-110/05 avsnitt 56.

Et forbud mot bruk av fossil olje til oppvarming, innebærer ikke et totalforbud mot bruk av fossil olje ettersom fossil olje fremdeles kan benyttes i andre sammenhenger. Forbudet retter seg mot bruk av fyringsolje som er fremstilt på grunnlag av fossil olje. Spørsmål blir om bruksreguleringen av fossil olje medfører en vesentlig bruksbegrensning av slik fyringsolje. Det følger av Vannscooter-saken at det avgjørende er om det eksisterer en reell adgang til å bruke fyringsoljen. Vurderingstemaet EU-domstolen formulerte i Vannscootersaken er om bruksreguleringen «have the effect of *preventing users of personal watercraft from using them for the specific and inherent purposes for which they were intended* or of *greatly restricting their use*». ³⁹² Forutsetter vi at fyringsolje er fremstilt særskilt for bruk i oljekjeler og til oppvarming og har få andre bruksområder, ser vi at et forbud mot bruk av fossil olje til oppvarming i boliger og øvrige bygg, begrenser bruken av fyringsolje i en slik utstrekning at markedsadgangen til fossil fyringsolje blir vesentlig begrenset.

Ved vurdering av bruksreguleringens betydning for oljekjelerers adgang til markedet, må det vurderes om det vil være en reell mulighet for å bruke produktet etter innføringen av et eventuelt forbud mot bruk av fossil olje til fyring. I Mopedsaken trakk EU-domstolen opp et skille mellom tilhengere som kunne brukes av andre kjøretøy og de som bare var ment å brukes til moped. ³⁹³ EU-domstolen uttalte her at for sistnevnte type tilhenger ville anvendelsesområdet bli svært begrenset gjennom reguleringen, selv om det kunne tenkes at slike tilhengere i enkelte tilfeller kan brukes av andre kjøretøy. ³⁹⁴ I miljødirektoratets konsekvensutredning til forslaget om forbud av bruk av fossil olje til oppvarming av boliger, pekes det på at oljekjeler med små tilpasninger vil kunne bruke bioolje som brensel. En tilpassing av oljekjelen vil imidlertid først og fremst være aktuelt i tilfeller der oljekjelen allerede er installert og tatt i bruk. Det er naturlig å anta at ved anskaffelsen av en ny oljekjele vil forbrukerne foretrekke en oljekjele som bruker bioolje. For produsenter av oljekjeler som bruker fossil olje vil følgelig markedsadgangen være veldig liten. Et slikt resonnement er i samsvar med EU-domstolens vurdering i Mopedsaken:

«Consumers, knowing that they are not permitted to use their motorcycle with a trailer specially designed for it, have practically no interest in buying such a trailer».

³⁹² C-142/05 avsnitt 28.

³⁹³ C-110/05 avsnitt 52-53.

³⁹⁴ C-110/05 avsnitt 55.

Det følger av dette at et forbud mot oljefyring trolig vil utgjøre en restriksjon etter TFEU art. 34, både på fri flyt av fossil fyringsolje og på fri flyt av oljekjeler.

4.2.4 Produktkrav og krav til produksjonsmåte i lys av TFEU art. 34

Gjennom et produkts livssyklus interagerer det med miljøet på flere måter. Ved utvinning av metall, fremstilling av råvarer, transformering av materialer til egnede deler, og igjen ansamling av de ulike komponentene produktet består av, vil miljøhensyn kunne spille inn. Det samme gjelder ved transport og installasjon av produktet, og videre ved bruk og kassering.³⁹⁵ Flere av EUs medlemsstater har utformet eller er i ferd med å utforme strategier/reguleringer som tar i betraktning den samlede/helhetlige effekten produkter har på miljøet.³⁹⁶

Det kan følgelig tenkes tiltak som fremmer bruken av fornybar energi ved å stille krav til materialsammensetning, fremstillingsmåte eller valg av transportmidler. Eksempelvis vil en nasjonal lovgivning som innfører en sertifiseringsordning for produkter som er produsert ved hjelp av en viss mengde fornybar energi, kunne tenkes. Et annet eksempel er CO₂-merking av produkter, der bare produkter som har medført utslipp under en fastsatt grense kan omsettes på markedet. Nasjonale myndigheter kan også tenkes å stille krav om at det fremlegges dokumentasjon for at et produkt er produsert ved hjelp av fornybar energi for at det skal kunne omsettes på det nasjonale markedet.³⁹⁷ Disse eksemplene er ikke produktkrav i snever forstand, ettersom de knytter seg til produktets tilblivelsesmåte, og ikke produktets innhold, emballasje, utforming, eller lignende.³⁹⁸ Ettersom både produktkrav og krav til produksjonsmåte innebærer at det stilles betingelser for omsetning på det nasjonale markedet, ser jeg ingen grunn til å skille mellom disse i fremstillingen under. Den videre drøftelsen tar utgangspunkt i TFEU art. 34. Det tas forbehold om at det kan finnes regler som harmoniserer produktkrav og produksjonsmåte på EU-nivå. Disse vil ikke behandles her.

Det følger av *Cassis de Dijon*-saken at krav til hvilke produkter som kan selges på det nasjonale markedet utgjør en handelshindring i henhold til *Dassonville*-formuleringen.³⁹⁹ *Cassis de Dijon*-saken omhandlet et tysk krav til alkoholinnhold på 25 % for fruktlikører. Denne regelen

³⁹⁵ Werring (2006), s. 248.

³⁹⁶ De Sadeleer (2014), s. 274, se note 232.

³⁹⁷ De Sadeleer (2014), s. 302-303.

³⁹⁸ C-268/91 avsnitt 15 og Graver (2002), s. 258 flg.

³⁹⁹ Sejersted (2011), s. 323.

gjorde at fruktlikør, lovlig produsert og omsatt i Frankrike, ikke kunne markedsføres som fruktlikør i Tyskland. EU-domstolen kom her til at forskjeller i nasjonal lovgivning for markedsføring av produkter innebærer en handelshindring etter TFEU art. 34. Dette har blitt bekræftet av EU-domstolen i senere avgjørelser, blant annet i Keck-saken der EU-domstolen uttalte følgende:

«It is established by the case-law beginning with 'Cassis de Dijon' (...) that, in the absence of harmonization of legislation, obstacles to free movement of goods which are the consequence of applying, to goods coming from other Member States where they are lawfully manufactured and marketed, rules that lay down requirements to be met by such goods (such as those relating to designation, form, size, weight, composition, presentation, labelling, packaging) constitute measures of equivalent effect prohibited by Article 30. This is so even if those rules apply without distinction to all products».⁴⁰⁰

Det følger av dette at dersom nasjonale produktkrav ikke bygger på standarder som er fastsatt på EU-nivå,⁴⁰¹ innebærer slike krav en importrestriksjon, jf. TFEU art. 34.⁴⁰² Nasjonale tiltak som stiller krav til produktet og fremstillingsmåten vil derfor nærmest uten videre innebære en importrestriksjon i henhold til TFEU art. 34. For at et slikt tiltak skal kunne opprettholdes må det vurderes opp mot unntaket i TFEU art. 36 eller læren om tvingene allmenne hensyn.

4.3 Unntak av hensyn til miljøet – TFEU art. 36 og læren om tvingende allmenne hensyn

4.3.1 Innledning

Forbudet i TFEU art. 34 er ikke absolutt.⁴⁰³ Dette følger allerede av traktaten selv som åpner for at det kan gjøres unntak, jf. TFEU art. 36. For at et tiltak som rammes av forbudet i art. 34 allikevel skal kunne opprettholdes må det, for det første, dokumenteres at tiltaket forfølger et legitimt hensyn. Målsettingen med tiltaket må enten begrunnes i de hensynene som traktaten selv gir anvisning på i TFEU art. 36, eller i de hensyn som EU-domstolen har anerkjent gjennom den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn. Grensen mellom støtteordning-

⁴⁰⁰ C-268/91 avsnitt 15, C-261/81 avsnitt 13, C-16/83 avsnitt 21, C-470/93.

⁴⁰¹ Se her eksempelvis direktiv 2009/125/EC, «establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-related products».

⁴⁰² C-120/78 avsnitt 8.

⁴⁰³ C-112/00 avsnitt 78 og C-240/83 avsnitt 12.

er/tiltak som forskjellsbehandler utenlandske og innenlandske varer, og de som er opprinnelsesnøytrale, er i den sammenheng av sentral betydning ettersom det kun er hensynene i TFEU art. 36 som kan begrunne tiltak som forskjellsbehandler på grunnlag av nasjonalitet.⁴⁰⁴

Videre, og det gjelder både i relasjon til TFEU art. 36 og den domstolskapte læren om tvingende allmenne hensyn, må tiltaket underlegges en forholdsmessighetsvurdering. I dette ligger at tiltaket må være egnet til å nå den legitime målsettingen, og videre nødvendig i den forstand at ikke andre mindre inngripende tiltak ville vært tilstrekkelig.

I det følgende skal vi se hvilke hensyn som kan legitimere støtteordninger til fornybar energi. Videre reiser de tre omtalte støtteordningene; grønne sertifikatordninger, forbud mot oljefyr og produktkrav, ulike rettslige vurderingstemaer under legitimitetsvurderingen. Nasjonale produktkrav i betydningen krav til produksjonsmåte, reiser spørsmål om adgangen til å begrunne tiltak med tilsvarende virkning som en importrestriksjon i ekstraterritorielle hensyn. EU-domstolens vurdering av grønne sertifikatordninger i Ålands vindkraft, og Essent Belgium-sakene, har gjort at man kan spørre hvilken unntakshjemmel grønne sertifikatordninger faktisk vurderes etter.

4.3.2 Formål som kan legitimere støtteordninger til fornybar energi – miljø/klimahensyn

Grunnen til at EU-retten tillater, og endog oppfordrer til, støtteordninger til fornybar energi, til tross for at slike kan påvirke samhandelen mellom medlemsstatene, er at slike tiltak kan fremme produksjon og bruk av fornybar energi, på bekostning av fossile energikilder, og gjennom dette beskytte miljøet ved å bidra til en reduksjon av klimagassutslipp. Et uttrykk for dette finner vi i fornybardirektivet avsnitt 1: «the increased use of energy from renewable sources, together with energy savings and increased energy efficiency, constitute important parts of the package of measures needed to reduce greenhouse gas emissions and comply with the Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, and with further Community and international greenhouse gas emission reduction commitments beyond 2012».⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Fredriksen (2014), s. 88.

⁴⁰⁵ Fornybardirektivet avsnitt 1.

EU-domstolen har i PreussenElektra-saken, og nylig i Ålands vindkraft og Essent Belgium-sakene, bekreftet at tiltak som fremmer produksjon av fornybar energi slik at utslippet av klimagasser reduseres og dermed ivaretar hensynet til miljøet, kan legitimere en restriksjon på den frie varebevegelsen:

«the use of renewable energy sources for the production of electricity, which legislation such as that at issue in the main proceedings seeks to promote, is useful for the protection of the environment inasmuch as it contributes to the reduction in greenhouse gas emissions (...) it must be acknowledged that the objective of promoting the use of renewable energy sources for the production of electricity, (...) is in principle capable of justifying barriers to the free movement of goods».⁴⁰⁶

Det samme må gjelde der en støtteordning tar sikte på å fremme bruken av fornybar energi; en forutsetning for at klimagassutslipp skal reduseres er at det skjer en omlegging av energibruken fra fossilt til fornybart.

Det er ikke helt klart hvilket grunnlag EU-domstolen bygger vurderingen i Ålands vindkraft- og Essent Belgium-sakene på. Bredere miljø og klimahensyn er ikke blant de hensynene som er uttrykkelig nevnt i TFEU art. 36. Det følger imidlertid av rettspraksis at slike miljøhensyn er legitime og kan begrunne importrestriksjoner i henhold til TFEU art. 34. Dette fremgår blant annet av ADBHU-saken, og videre av C-302/86 der EU-domstolen eksplisitt inkluderer miljøhensyn i rekken av legitime hensyn etter den ulovfestede læren: «the protection of the environment is a mandatory requirement which may limit the application of Article 30 [TFEU art. 34] of the Treaty».⁴⁰⁷ EU-domstolen har i flere saker uttalt at den ulovfestede læren kun kommer til anvendelse der nasjonale tiltak er opprinnelsesnøytrale.⁴⁰⁸ Der man står overfor tiltak som er opprinnelsesbestemte og begrunnet i hensynet til miljøet blir forholdet mellom TFEU art. 36 og læren om tvingende allmenne hensyn satt på spissen.

⁴⁰⁶ C-573/12 avsnitt 78 og 82.

⁴⁰⁷ C-302/86 avsnitt 9.

⁴⁰⁸ C-788/79 avsnitt 6, C-113/80 avsnitt 8 og 11 der EU-domstolen uttaler at tiltak som er opprinnelsesbaserte bare kan unntas i henhold til TFEU art. 36.

Grønne sertifikatordninger har, som vi har sett, gjerne et nasjonalt eller lokalt begrenset anvendelsesområde.⁴⁰⁹ I de avgjørelsene som har omhandlet direkte diskriminerende støtteordninger til fornybar energi viser EU-domstolen både til hensynet til reduksjon av klimagassutslipp i tråd med den ulovfestede læren, og videre til «the health and life of humans, animals and plants, which are among the public interest grounds listed in Article 36 TFEU».⁴¹⁰ Dette har åpnet opp for ny debatt om forholdet mellom TFEU art. 36 og den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn. For det første kan det spørres om TFEU art. 36 nå omfatter bredere miljøhensyn som eksempelvis hensynet til klima.⁴¹¹ For det andre kan det spørres om skillet mellom diskriminerende tiltak og tiltak som gjelder uavhengig av opprinnelse må tas opp til ny vurdering. Disse spørsmålene kommer vi tilbake til i pkt. 4.3.4.

4.3.3 Importrestriksjoner begrunnet i ekstraterritorielle hensyn

Nasjonale støtteordninger til fornybar energi i form av produktkrav/krav til produksjonsmåte, se pkt. 4.2.4, innebærer at det stilles krav om at andre medlemsstater tar hensyn til miljøet. Slike tiltak kan medføre at det ved produksjonen av en bestemt vare ikke slippes ut klimagasser. Dette har en direkte betydning på den produserende medlemsstatens territorium gjennom redusert forurensning.⁴¹² Samtidig medfører tiltaket at det skjer en reduksjon av det totale klimagassutslippet på verdensbasis, som er en fordel, også, for den regulerende medlemsstaten.

Slike tiltak er følgelig ikke bare begrunnet i hensynet til miljøet og naturressurser på eget territorium, det er hensynet til det globale klimaet som er hovedhensynet. Dette gjør at tiltakene har en ekstraterritoriell dimensjon.⁴¹³ Det er uklart i hvilken grad medlemsstatene kan begrunne restriksjoner i hensyn som ikke direkte knytter seg til eget territorium.⁴¹⁴ Spørsmålsstil-

⁴⁰⁹ Se pkt. 4.2.2.

⁴¹⁰ C-573/12 avsnitt 80.

⁴¹¹ Johnston (2012), s. 344.

⁴¹² Indirekte gir slike tiltak insentiver til økt produksjon og bruk av grønn energi.

⁴¹³ De Sadeleer (2014), s. 302.

⁴¹⁴ Adgangen til å ta ekstraterritorielle hensyn vil kunne avhenge av hensynet som påberopes, i det følgende vil ikke dette problematiseres.

lingen her er følgelig om medlemsstatene kan begrunne importrestriksjoner i hensyn som ikke direkte berører interesser på eget territorium, såkalte ekstraterritorielle hensyn.⁴¹⁵

Flere forfattere er skeptiske til at medlemsstatene skal kunne iverksette restriktive tiltak av ekstraterritorielle hensyn. En av begrunnelsene for dette knytter seg til suverenitetsprinsippet, som er en bærebjelke i folkerettslig sammenheng, og som innebærer at en stats ansvar ikke strekker seg utover egne grenser.⁴¹⁶ Av dette prinsippet følger det at en medlemsstat kun kan bestemme miljøbeskyttelsesnivået i eget land, og ikke påtvinge andre medlemsstater tilsvarende beskyttelsesnivå.⁴¹⁷ En medlemsstats krav om at produksjonen av varer må tilfredsstillere nærmere angitte krav for at varen skal gis tilgang til markedet i denne staten, innebærer nærmest et «pålegg» om energiomlegging for produsenter i andre medlemsland. Selv der dette begrunnes i et legitimt hensyn, vil det være snakk om å gripe inn i andre medlemsstaters anliggender.⁴¹⁸

Det kan også argumenteres for at anvendelsesområdet til TFEU art. 36 og læren om tvingende allmenne hensyn i utgangspunktet er beskyttelse av mennesker, dyr, planters liv og helse, samt miljøet på eget territorium, og følgelig ikke omfatter ekstraterritorielle hensyn.⁴¹⁹ Til tross for motforestillinger mot ekstraterritorielle hensyn, viser EU-domstolens praksis at hensyn som ikke knytter seg til miljøet på regulerende medlemslands eget territorium, kan begrunne restriksjoner på markedet. Eksempel på dette finner man i *PreussenElektra*-avgjørelsen:

«The use of renewable energy sources for producing electricity, which a statute such as the amended *Stromeinspeisungsgesetz* is intended to promote, is useful for protecting the environment in so far as it contributes to the reduction in emissions of greenhouse

⁴¹⁵ Med ekstraterritorielle hensyn siktes det til hensyn som ikke eller i liten grad direkte knytter seg til forhold på territoriet til den regulerende medlemsstaten. Se Generaladvokat Léger innstilling i C-1/96 avsnitt 85 flg. de Sadeleer (2014) s. 303.

⁴¹⁶ Ziegler (1996), s. 85, og Generaladvokat Léger innstilling i C-1/96 avsnitt 88, med videre henvisninger.

⁴¹⁷ De Sadeleer (2014), s. 302 og Ziegler (1996), s. 85. Medlemsstatene er gitt en stor grad av frihet til å velge eget miljøbeskyttelsesnivå så lenge dette ikke strider med øvrig EU-regler. EU-domstolen legger som regel til grunn medlemsstatens valgte beskyttelsesnivå og prøver deretter om det valgte tiltaket er forholdsmessig.

⁴¹⁸ Ziegler (1996), s. 85 med videre henvisninger. Se Generaladvokat Léger innstilling i C-1/96 avsnitt 115.

⁴¹⁹ Ziegler (1996), s. 84.

gases which are amongst the main causes of climate change which the European Community and its Member States have pledged to combat».⁴²⁰

Tilsvarende begrunnelse finner man i Ålands vindkraft og Essent Belgium-sakene, der EU-domstolen opprettholder to grønne sertifikatordninger som innebærer en importrestriksjon for grønn elektrisitet. EU-domstolen viser til at grønn elektrisitetsproduksjon bidrar til å oppfylle forpliktelsene EU og medlemsstatene har etter Kyoto protokollen, og videre, samsvarer med miljøbestemmelser i TFEU.⁴²¹

I sin innstilling i Essent Belgium-saken argumenterte Generaladvokat Bot for at klima- og miljøhensyn ikke er et nasjonalt anliggende, men snarere et globalt ansvar som må bekjempes på EU-nivå.⁴²² Ziegler argumenter i samme retning. Han viser til at medlemsstatene har begrenset egen handlefrihet ved å inngå samarbeid om etableringen av et felles indre marked. For å unngå uforholdsmessig inngrep i dette markedet burde felles/globale miljøutfordringer, i følge ham, reguleres på EU-nivå gjennom harmonisering av medlemsstatenes regelsett på det aktuelle området.⁴²³ Ziegler trekker frem subsidiaritetsprinsippet forankret i TFEU art. 5, som viser til kompetansefordelingen mellom EU og medlemsstatene. Han mener at det vil være i strid med dette prinsippet dersom man åpner for at medlemsstater skal kunne fatte restriktive tiltak av hensynet til globale miljøutfordringer, som bedre kan gjennomføres på fellesskapsnivå.⁴²⁴

EU-domstolen fulgte imidlertid ikke generaladvokat Bots linje verken i Essent Belgium-avgjørelsen eller Ålands vindkraftverk-saken. Et felles trekk ved de tre over omtalte avgjørelsene er at det er snakk om globale/grenseoverskridende utfordringer som både EU og medlemsstatene har som mål å bekjempe. Klimahensyn er overordnet i den forstand at utfordringene ikke knytter seg til ett lands territorium; uansett hvor og hvem som reduserer klimagassutslippene, vil den totale mengden utslipp minske. Et godt klima kan ses på som et felles gode som alle land er nødt til å verne om.⁴²⁵ Det kan ut ifra EU-domstolens begrunnelse i disse

⁴²⁰ C-379/98 avsnitt 73.

⁴²¹ C-204-208/12 avsnitt 94.

⁴²² General Advokat Bots innstilling i C-204-208/12 avsnitt 110.

⁴²³ Ziegler (1996), s. 87.

⁴²⁴ Ziegler (1996), s. 88.

⁴²⁵ De Sadeleer (2014), s. 302.

sakene, argumenteres for at EU-domstolen vektla det faktum at tiltaket ikke bare fremmer nasjonale interesser, men også er i fellesskapets interesse. Det kan således tenkes at EU-domstolen vil være mer tilbakeholden med å akseptere importrestriksjoner av ekstraterritoriale hensyn der miljøutfordringene ikke er av en grenseoverskridende karakter, og videre ikke er av fellesskapsinteresse.

4.3.4 Forholdet mellom TFEU art. 36 og læren om «tvingende allmenne hensyn»

4.3.4.1 Introduksjon av problemstillingen

Som vi har sett i pkt. 4.3.2.1, har rettspraksis på området for opprinnelsesbaserte støtteordninger til fornybar energi blåst nytt liv i debatten om rettslig grunnlag for å gjøre unntak fra TFEU art. 34. EU-domstolens avgjørelser i *PreussenElektra*, *Ålands vindkraft* og *Essent Belgium*-sakene, gir medlemsstatene et betydelig handlingsrom til å utforme støtteordninger som er begrenset til nasjonal energiproduksjon av hensyn til miljøet, men oppklarer ikke den rettslige situasjonen.

Generaladvokat Jacobs oppfordret EU-domstolen til å oppklare rettstilstanden i sin innstilling i *PreussenElektra*-saken: «In view of the fundamental importance for the analysis of Article 30 of the Treaty of the question whether directly discriminatory measures can be justified by imperative requirements, the Court should, in my view, clarify its position in order to provide the necessary legal certainty».⁴²⁶ EU-domstolens avgjørelse i *PreussenElektra*-saken var imidlertid ikke oppklarende:

«The use of renewable energy sources for producing electricity, which a statute such as the amended *Stromeinspeisungsgesetz* is intended to promote, is useful for protecting the environment in so far as it contributes to the reduction in emissions of greenhouse gases which are amongst the main causes of climate change which the European Community and its Member States have pledged to combat. (...) It should be noted that that policy is also designed to protect the health and life of humans, animals and plants. »

Til tross for tilsvarende oppfordringer fra andre Generaladvokater, har EU-domstolen fulgt linjen fra *PreussenElektra*-avgjørelsen.⁴²⁷ Enn så lenge er følgelig rettstilstanden uavklart.

⁴²⁶ Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 229.

⁴²⁷ Generaladvokat Bots innstilling i C-204-208/12 avsnitt 92, C-573/12 avsnitt 77-80.

Dette åpner for å drøfte mulige rettslige grunnlag for å gjøre unntak for diskriminerende tiltak av hensyn til miljøet. Det kan skilles mellom to mulige grunnlag: Det første alternativet er å tolke miljøhensyn inn i TFEU art. 36. Den andre muligheten er at tiltakene omfattes av den ulovfestede læren om tvingende allmenne hensyn og at skillet mellom diskriminerende og ikke-diskriminerende tiltak oppheves. I det følgende skal disse to mulighetene vurderes.

4.3.4.2 Miljøhensyn – et legitimt hensyn under TFEU art. 36?

TFEU art. 36 viser til «the protection of health and life of humans, animals or plants». Enkelte miljøhensyn kan følgelig falle inn under de legitime hensynene denne bestemmelsen viser til.⁴²⁸ Støtteordninger til fornybar energi er som sett begrunnet i «bredere» miljøhensyn, eksempelvis hensynet til klima (heretter omtalt som miljøhensyn). Slike hensyn er ikke direkte beskyttelsesverdige i henhold til bestemmelsens ordlyd.⁴²⁹ Det første spørsmålet som må stilles er derfor om TFEU art. 36 kan anvendes som hjemmelsgrunnlag i saker der restriktive tiltak er begrunnet i miljøhensyn.

Barnard mener at det er rom for å tolke miljøhensyn inn i hensynet til mennesker, dyr og planter liv og helse.⁴³⁰ Som argument for en slik forståelse viser hun til rettspraksis der EU-domstolen i flere saker har akseptert diskriminerende tiltak med doble begrunnelser; både miljøhensyn og hensynet til liv og helse jf. TFEU art. 36. I Aher-Waggon-saken, som omhandlet en tysk regulering med strengere lydstandarder for fly som tidligere var registrert i andre medlemsstater, viste EU-domstolen til både miljøhensyn og hensynet til menneskers helse, jf. TFEU art. 36.⁴³¹ Tilsvarende tilnærming finner man i PreussenElektra, Ålands vindkraft og Essent Belgium-sakene. For å tolke miljøhensyn inn i TFEU art. 36 taler det faktum at bredere miljøhensyn, som eksempelvis reduksjonen av klimagassutslipp, også ivaretar hensynet til mennesker, dyr og planter liv og helse; klimagassutslipp ødelegger økosystemet, og vil på sikt utgjøre en trussel for livet på jorda. Det er følgelig en nær sammenheng mellom hensynene.

⁴²⁸ De Sadeleer, s. 293, miljøhensyn er imidlertid ikke nødvendigvis sammenfallende med hensynet til mennesker, dyr og planter liv og helse. Et eksempel som kan trekkes frem er forholdet mellom ønsket om mest effektiv utnyttelse av vannkraft sammenholdt med miljøet i vannet og naturen rundt.

⁴²⁹ De Sadeleer, s. 292.

⁴³⁰ Barnard (2013), s. 168.

⁴³¹ C-389/96 avsnitt 19.

Et tungtveiende argument mot å tolke miljøhensyn inn i TFEU art. 36 er at EU-domstolen i henhold til lang og konsekvent rettspraksis har gitt uttrykk for at hensynene som danner grunnlag for unntak i TFEU art. 36 er uttømmende oppregnet, og at unntaksbestemmelsen videre skal tolkes restriktivt.⁴³² Dersom miljøhensyn skal anses omfattet av bestemmelsen vil dette innebære en utvidende tolkning av bestemmelsens ordlyd, og være i strid med EU-domstolens praksis.

Et spørsmål som kan reises er imidlertid om TFEU art. 36 og tidligere praksis fra EU-domstolen må ses i et nytt lys som følge av introduksjonen av nye miljøbestemmelser i traktaten. Av særlig betydning her er TFEU art. 11, art. 191, og TEU art. 3 (3), som tar sikte på å fremme miljøhensyn både på EU-nivå og nasjonalt i medlemsstatene. Disse bestemmelsene innebærer en traktatsfesting av miljøhensyn, som følgelig er gitt status som primærrett. Introduksjonen av integrasjonsklausulen i TFEU art. 11 krever at miljøhensyn tas med i betraktning i utførelsen av alle EUs aktiviteter.⁴³³ Det er forskjellige meninger om hvilken betydning det har at miljøhensyn er formalisert i EUs primærrett, og videre rekkevidden av integrasjonsklausulen i art. 11. Noen hevder at følgene av denne formaliseringen kun er at miljøhensyn må tas med i betraktning ved tolkning av EU-retten, det vil si at miljøhensyn bare er ett av flere tolkningsmomenter rettsanvender må ta i betraktning.⁴³⁴ Andre er av den oppfatning at miljøhensyn gjennom formaliseringen har fått samme status som hensynet til fri bevegelse av varer, eller til og med høyere.⁴³⁵

EU-domstolens egen praksis kan tas til inntekt for at miljøhensyn har fått en sentral plass i EU-retten. EU viser både til forpliktelsene etter Kyoto protokollen,⁴³⁶ TFEU art. 36,⁴³⁷ TFEU art. 11 og art. 191 som begrunnelse for at støtteordninger til fornybar energi forfølger et legitimt formål.⁴³⁸ Tilsynelatende er miljøhensyn av en så viktig karakter at det kan begrunne

⁴³² C-46/76 avsnitt 12 (Bauhuis).

⁴³³ De Sadeleer s. 26 og C-320/03 avsnitt 73.

⁴³⁴ Se De Sadeleer s. 28 jf. General Advokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 231.

⁴³⁵ Scholz (2014), s. 101.

⁴³⁶ C-573/12 avsnitt 79.

⁴³⁷ C-573/12 avsnitt 80.

⁴³⁸ C-204-208/12 avsnitt 94.

oppretholdelsen av restriktive, diskriminerende tiltak, uten en inngående/konkret vurdering av tiltakets forholdsmessighet.⁴³⁹

Det er imidlertid ikke av den grunn gitt at miljøhensyn kan innfortolkes i TFEU art. 36. Generaladvokat Bot stiller seg skeptisk til å tolke TFEU art. 36 utvidende og innlemme bredere miljøhensyn. I sin innstilling i *Essent Belgium*-saken peker han på at miljøhensyn kun nylig har blitt anerkjent i EUs traktatrett, og at miljøhensyn følgelig ikke var påtenkt ved utformingen av TFEU art. 36, som er en av de opprinnelige traktatbestemmelsene fra 1957.⁴⁴⁰ Disse forholdene, i tillegg til EU-domstolens praksis som sier at TFEU art. 36 er uttømmende, gjorde at Bot ikke fant grunnlag for å tolke miljøhensyn inn i bestemmelsen. Motsetningsvis argumenterer Johnston, på bakgrunn av EU-domstolens praksis, for at det tryggeste grunnlaget å bygge på er TFEU art. 11 i samspill med TFEU art. 36.⁴⁴¹ Jeg slutter meg til sistnevnte synspunkt. I *Ålands vindkraft* og *Essent Belgium*-sakene viser EU-domstolen direkte til TFEU art. 36 og til de traktatfestede miljøbestemmelsene. Det at EU-domstolen ikke uttrykkelig har tatt standpunkt til hjemmelsgrunnlaget den bygger på kan ikke brukes som argument mot å bruke TFEU art. 36 som grunnlag for å legitimere tiltak av miljøhensyn. EU-domstolen er ikke bundet av egne tidligere avgjørelser, og utvikler/fraviker egen praksis selv om dette sjeldent gjøres i det åpne.

4.3.4.3 Læren om tvingende allmenne hensyn – en opphevelse av skillet mellom direkte og indirekte diskriminerende tiltak?

Den andre muligheten er å begrunne direktediskriminerende støtteordninger til fornybar energi i læren om tvingende allmenne hensyn. Det er ingen tvil om at miljøhensyn er legitime hensyn som kan begrunne unntak fra forbudet i TFEU art. 34 etter den ulovfestede læren.⁴⁴² Læren om tvingende allmenne hensyn, som har sin bakgrunn i *Cassis de Dijon*-saken, er ifølge EU-domstolens praksis imidlertid kun anvendelig der nasjonale tiltak gjelder uten å skille mellom utenlandske og innenlandske varer,⁴⁴³ såkalte opprinnelsesnøytrale tiltak. Dersom EU-domstolen hadde anvendt denne læren direkte på tilfellene i *PreussenElektra*, *Ålands vindkraft* og *Essent Belgium*-sakene, ville støtteordningene ikke kunne legitimeres med

⁴³⁹ C-573/12 jf. Ankersmit (2014).

⁴⁴⁰ Generaladvokat Bots innstilling i C-204-208/12 avsnitt 87.

⁴⁴¹ Johnston (2012), s. 348.

⁴⁴² C-2/90, C-240/83 avsnitt 12-15 (ADBHU), og C-302/86 avsnitt 9.

⁴⁴³ C-120/78 avsnitt 8.

grunnlag i denne læren. Spørsmålet som må stilles er følgelig om læren om tvingende allmenne hensyn også kan gjelde tiltak som virker diskriminerende overfor utenlandske varer.

EU-domstolen har i flere saker tatt i bruk læren om tvingende allmenne hensyn til tross for at det i det minste har vært tvil om tiltaket var å regne som opprinnelsesnøytralt.⁴⁴⁴ Felles for flere av disse avgjørelsene er at EU-domstolen ikke tar standpunkt til hvorvidt det dreier seg om et diskriminerende tiltak eller ikke.⁴⁴⁵ Det finnes også eksempel på at EU-domstolen vurderer karakteren av det nasjonale tiltaket opp mot de særlige miljøhensynene som gjør seg gjeldende, og faller ned på at tiltaket må kunne legitimeres.⁴⁴⁶ Generaladvokat Bot tolker rettspraksis slik: «Pursuit of an environmental objective may (...) have the result either of neutralising the discriminatory nature of a national measure, despite the fact that it is acknowledged, or of simply avoiding an examination of whether or not the measure is discriminatory».⁴⁴⁷

EU-domstolens rettspraksis danner grunnlag for flere mulige tolkninger. Det kan for det første hevdes at EU-domstolens praksis tilsier at skillet mellom opprinnelsesbaserte og opprinnelsesnøytrale tiltak i læren om tvingende allmenne hensyn må opprettholdes ettersom EU-domstolen ikke åpent har gått bort fra en slik tilnærming. Dette er en snever tolkning av EU-domstolens praksis. Resultatet i de nevnte sakene er at EU-domstolen har funnet grunnlag for å gjøre unntak for diskriminerende tiltak begrunnet i miljøhensyn, uavhengig av om dette gjøres uttrykkelig ved åpent å fravike tidligere praksis.

En alternativ tolkning av rettspraksis er at EU-domstolen tar inn over seg viktigheten av miljøhensyn og at karakteren av miljøhensyn tilsier at det må gjelde særlige regler.⁴⁴⁸ Generaladvokat Bots tolkning av EU-domstolens rettspraksis støtter opp under sistnevnte synspunkt:

⁴⁴⁴ C-34/-36/95 (De Agostini) avsnitt 44-45 og C-120/95 (Decker) avsnitt 36-39. Andre saker som omhandler diskriminerende nasjonale tiltak akseptert av miljøhensyn er C-302/86 (the Danish bottle case), C-2/90 (walloon waste), C-203/96 (Dusseldorp), C-389/96 (Aher-Waggon).

⁴⁴⁵ Se eksempelvis C-573/12 og 204/12.

⁴⁴⁶ C-2/90 avsnitt 34.

⁴⁴⁷ Generaladvokat Bots innstilling i C-204-208/12 avsnitt 91.

⁴⁴⁸ Lydia Scholz (2014), s. 102.

«Express elevation of environmental protection to the level of an imperative requirement relating to public interest that may be invoked in order to justify measures that restrict the freedoms of movement even where such measures are discriminatory would, in my view, contribute to ensuring its pre-eminence over other considerations».⁴⁴⁹

Steinbach ser ut til å mene at en tolkning som medfører at skillet mellom «the rule of reason» og TFEU art. 36 oppheves, gjør TFEU art. 36 overflødig, og følgelig ikke kan aksepteres.⁴⁵⁰ Dersom man tillater en utvidelse av anvendelsesområdet til den ulovfestede læren, er det ikke lenger noe som skiller den fra TFEU art. 36; den ulovfestede læren vil få et vidt anvendelsesområde som overlapper TFEU art. 36.

Det er imidlertid vanskelig å akseptere at hensynene i TFEU art. 36, en bestemmelse som har stått uendret i traktaten siden begynnelsen i 1957, er mer beskyttelsesverdig enn miljøhensyn som i dagens samfunn får stadig større betydning. Klimaendring er en stor utfordring og som krever tilpassing på flere plan, noe EU-retten må ta høyde for. Dette kommer også til uttrykk gjennom vedtagelsen av art. 11 som ikke tillater at miljøhensyn overses i tolkningen av traktaten.⁴⁵¹ Sett at anvendelsesområdet til TFEU art. 36 ikke kan utvides til å omfatte miljøhensyn, kan det anføres at opprettholdelsen av skillet er uforenlig med medlemsstaters adgang til å iverksette tiltak av hensyn til miljøet. General Advokat Jacobs i PreussenElektra-saken peker på at: «to hold that environmental measures can be justified only where they are applicable without distinction risks defeating the very purpose of the measures».⁴⁵² I henhold til Jacobs resonnement vil tiltak som har miljøbeskyttelse til formål som regel være tatt av hensyn til naturen, og opphavet til miljøødeleggelsen, og vil, fordi den følger dette formålet, ofte være diskriminerende.

En oppheving av skillet i rettspraksis mellom diskriminerende og ikke diskriminerende tiltak generelt for hensyn anerkjent i læren om tvingende allmenne hensyn, vil kunne før for langt. Et alternativ kan være å oppheve skillet der man står over for tiltak begrunnet i miljøet som

⁴⁴⁹ Generaladvokat Bots innstilling i C-204-208/12 avsnitt 96.

⁴⁵⁰ Steinbach (2015), se C-72/83 avsnitt 32.

⁴⁵¹ Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 232.

⁴⁵² Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 233.

har fått en særlig stilling i EU-retten. Generaladvokat Bots uttalelser ovenfor kan tas til inntekt for en slik løsning. Jeg mener en slik tilnærming har gode grunner for seg.

4.3.4.4 Avsluttende bemerkninger

Til tross for at EU-domstolen ikke uttrykkelig har tatt stilling til hvilket hjemmelsgrunnlag den bygger avgjørelsene sine på, er realiteten at miljøhensyn brukes som begrunnelse for å opprettholde direkte diskriminerende tiltak. EU-domstolens praksis viser at hensynet til miljø og klima har fått en sentral plass i EU-retten.⁴⁵³ Fornybar energi spiller i den sammenheng en viktig rolle ved å redusere klimagassutslipp. EU-domstolens tilnærming i over nevnte avgjørelser er i tråd med de store klimautfordringene verden står overfor og den klima/miljøpolitikken EU fører.⁴⁵⁴

Generaladvokatene Jacobs og Bot har oppfordret EU-domstolen til å anlegge en mer fleksibel tilnærming ved vurderingen av miljøbeskyttelse som et tvingende allment hensyn.⁴⁵⁵ I den sammenheng ble det foreslått å oppheve skillet mellom diskriminerende og ikke-diskriminerende tiltak, og heller anlegge en forsterket proporsjonalitetsvurdering.⁴⁵⁶ EU-domstolens tilnærming i *Walloon Waste*, kan tas til inntekt for en slik tilnærming, om enn ikke gjort i det åpne.⁴⁵⁷ En åpen tilnærming i disse baner fra EU-domstolen ville avhjulpet den usikkerheten den uklare rettspraksisen i tilknytning til skillet mellom diskriminerende og ikke diskriminerende tiltak medfører.

⁴⁵³ Se uttalelsene i C-379/98 avsnitt 74, C-573/12 avsnitt 78.

⁴⁵⁴ Fornybardirektivet avsnitt 1.

⁴⁵⁵ General Advokat Bots innstilling i C-204-208/12 avsnitt 92, General Advokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 230. Steinbach (2015) synes å mene at en slik tilnærming vil være i strid med TFEU art. 36 ettersom dette vil gjøre bestemmelsen overflødig.

⁴⁵⁶ General Advokat Jacobs innstilling i C-379/98 avsnitt 232-234 og General Advokat Bots innstilling i C-204-208/12 avsnitt 94. Også Generaladvokat Trstenjak i sin innstilling i C-28/09 avsnitt 90 slutter seg til dette: «it must be assumed that the discriminatory character of a measure restricting the free movement of trade can be taken into account in a proportionality test in which the necessity and reasonableness of such measures in particular can be examined more closely».

⁴⁵⁷ C-2/90 avsnitt 34.

4.4 Forholdsmessighetsvurderingen – er støtteordningene egnet og nødvendig av hensyn til klima?

4.4.1 Innledning

Som sett i pkt. 4.2, kan støtteordninger til fornybar energi hindre den frie bevegelsen av energi på tvers av landegrensene. Samtidig er støtteordninger til fornybar energi tatt i bruk av hensyn til miljøet i tråd med integrasjonsprinsippet i TFEU art. 11 og TEU art. 6 (1) jf. CFR (Charter of Fundamental Rights) art. 37. Det er følgelig to grunnleggende hensyn i EU-rettslig sammenheng som settes opp mot hverandre i vurderingen av støtteordningenes forenlighet med det indre markedet.⁴⁵⁸

For å avveie interessene benytter EU-domstolen en forholdsmessighetsvurdering.⁴⁵⁹ Denne vurderingen kommer til uttrykk på forskjellige måter i EU-domstolens praksis. I teorien er forholdsmessighetsvurderingen forsøkt systematisert. Noen forfattere viser til en to-leddet vurdering; er tiltaket egnet til å nå formålet, og videre, om tiltaket er nødvendig i den sammenheng. Andre viser til et tredje ledd i EU-domstolens forholdsmessighetsvurdering; en overordnet vurdering av om forbedringen tiltaket medfører for miljøet er forholdsmessig sett hen til inngrepet tiltaket medfører på det indre markedet, gjerne omtalt som forholdsmessighet i snever forstand.⁴⁶⁰ Barnard viser til at EU-domstolen i stadig større utstrekning anlegger en toleddet vurdering.⁴⁶¹ Dette gjelder trolig særlig i de sakene der hensynene som forfølges er slike som er uttrykkelig nevnt i traktaten(e).⁴⁶² I det følgende vil det tas utgangspunkt i en vurdering av tiltakenes egnethet og nødvendighet. Det kan imidlertid spørres om ikke en mer hensiktsmessig tilnærming ville være å omtale/se på forholdsmessighetsvurderingen som én nødvendighetsvurdering: Er ikke tiltaket egnet, er det unødvendig, det samme er tilfellet der virkemidlene er mer inngripende enn nødvendig.

Ved egnethetstesten er vurderingstemaet om tiltaket er et tjenlig/egnet virkemiddel for å nå målet.⁴⁶³ Dersom målsettingen ikke kan nås ved hjelp av det aktuelle tiltaket, er tiltaket ikke

⁴⁵⁸ Scholz (2014), s. 101.

⁴⁵⁹ Denne vurderingen har likhetstrekk med vurderingen Europakommisjonen foretar i vurderingen av om en støtteordning som innebærer statsstøtte er forenlig med traktaten. Se pkt. 3.5.

⁴⁶⁰ Ziegler (1996), s. 98.

⁴⁶¹ Barnard (2014), s.494.

⁴⁶² Jf. Eksempelvis TFEU art. 11 for miljøhensyn. Se Rt. 2009 s. 839 avsnitt 41 og Jans (2000), s. 248.

⁴⁶³ Fredriksen (2014), s. 92.

forholdsmessig.⁴⁶⁴ Egnethetsvurderingen er som regel ikke gjenstand for omfattende drøftelser fra EU-domstolens side.⁴⁶⁵ Hovedvekten legges gjerne på vurderingen av om tiltaket er nødvendig.⁴⁶⁶ I nødvendighetsvurderingen er vurderingstemaet om målsettingen kan oppnås ved hjelp av virkemidler som medfører mindre inngrep i de fire frihetene.⁴⁶⁷ Målsettingen og det beskyttelsesnivået nasjonale myndigheter har valgt er utgangspunktet for vurderingen. Et alternativt virkemiddel trenger ikke være *like virkningsfullt*, så lenge det er *virkningsfullt nok* sett hen til målsettingen.⁴⁶⁸

Under forholdsmessighetsvurderingen har det i enkelte saker blitt stilt krav om at tiltaket må være konsistent med den politikken som føres.⁴⁶⁹ I dette ligger at det stilles et krav til at nasjonal lovgivning forfølger målsettingen i en «consistent (...) manner»,⁴⁷⁰ det vil si «*an absence of contradictions in pursuit of an objective*».⁴⁷¹ Det har også vært stilt krav til sammenheng i medlemsstatens politikk.⁴⁷² Disse to elementene av forholdsmessighetsvurderingen reiser imidlertid ikke særskilte spørsmål der klimahensyn forfølges. Grunnen til det er at det på dette området må det være slik at «alle monner drar». Det kan derfor vanskelig innvendes mot et tiltak at også andre tiltak kunne vært truffet, eller ikke er truffet.

Forholdsmessigheten av et nasjonalt tiltak må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.⁴⁷³ I det følgende vil forholdsmessigheten av de tre støtteordningene til fornybar energi omtalt i pkt. 4.2 vurderes. Det vil føre for langt å foreta en dyptgående/konkret forholdsmessighetsvurdering. Siktemålet er å gi et mer overordnet bilde av nasjonale myndigheters miljøhandlingsrom innenfor både reglene for fri varebevegelse og reglene for statsstøtte. Det vil derfor kun gis en anvisning på de rettslige vurderingstemaene som inngår i en forholdsmessighetsvurdering.

⁴⁶⁴ Sejersted (2011), s. 340, se eksempelvis C-405/98.

⁴⁶⁵ Mathisen (2007), s. 83-84 og 90, Se eksempelvis C-142/05 avsnitt 34.

⁴⁶⁶ Sejersted (2011), s. 295.

⁴⁶⁷ Fredriksen (2014), s. 94.

⁴⁶⁸ Fredriksen (2014), s. 95, «effective enough» jf. C-394/97 avsnitt 44, som omhandler et finsk forbud mot innførsel av alkohol ved utenlandsreiser som varte i mindre enn 20 timer.

⁴⁶⁹ Sejersted (2011), s. 340, se eksempelvis C-178/84.

⁴⁷⁰ Mathisen (2010), s. 1024, C-178/84.

⁴⁷¹ Mathisen (2010), s. 1023.

⁴⁷² Mathisen (2010), s. 1024.

⁴⁷³ Ziegler (1996), s. 97.

4.4.2 Grønne sertifikatordninger

4.4.2.1 Innledning

Som sett i pkt. 4.2.2, kan grønne sertifikatordninger innebære restriksjoner etter TFEU art. 34 på to måter: for det første der sertifikater utelukkende tildeles produsenter på eget territorium, for det andre ved at det kun aksepteres grønne sertifikater fra eget støttesystem for oppfyllelse av kvoteplikten. Støtteordningenes territoriell begrensning gjør at bare nasjonalprodusert grønn elektrisitet kan dra nytte av støtteordningen, og den får på den måten en fordel sammenlignet med utenlandskprodusert grønn elektrisitet. Det følger av drøftelsen under pkt. 4.3 at slike støtteordninger kan legitimeres av hensyn til miljø og klima. En forutsetning er likevel at støtteordningen tilfredsstiller forholdsmessighetskravet.⁴⁷⁴

For de to grønne sertifikatordningene nevnt i pkt. 4.2.2.1, ble forholdsmessigheten nylig vurdert og bekreftet av EU-domstolen i Ålands vindkraft-saken og Essent Belgium-saken fra 2014.⁴⁷⁵ I det følgende skal vi se nærmere på EU-domstolens begrunnelse i Ålands vindkraft og Essent Belgium-sakene for å opprettholde de territorielt begrensede grønne sertifikatordningene. Selv om EU-domstolen viser til en toleddet forholdsmessighetsvurdering, fremgår ikke denne klart av den vurderingen domstolen faktisk foretar. Det vil av den grunn ikke gjøres et poeng av å skille mellom en egnethetsvurdering og en nødvendighetsvurdering slik teorien gir anvisning på. I det følgende vil momentene EU-domstolen bygger begrunnelsen sin på, trekkes frem og kommenteres.

Først vil det ses nærmere på EU-domstolens forholdsmessighetsvurdering av støtteordningenes territorielt begrensede anvendelsesområde. Deretter vil det ses nærmere på hvilke krav EU-domstolen stiller til den øvrige utformingen av de grønne sertifikatordningene.

4.4.2.2 Territoriell restriksjon – egnet og nødvendig?

I PreussenElektra-saken fant EU-domstolen at den tyske feed-in-tariffen som påla kraftselskaper å kjøpe en viss mengde grønn elektrisitet fra lokale produsenter til en fastsatt minimumspris, var forenlig med det indre markedet. EU-domstolen begrunnet opprettholdelsen av den territoriell restriksjonen med miljøhensyn og de særlige forholdene som gjorde seg gjeldende

⁴⁷⁴ Sejersted (2011), s. 340.

⁴⁷⁵ C-573/12 avsnitt 83-119 og C-204-208/12 avsnitt 96-116. Se videre Penttinen (2015) for en grundig vurdering av EU-domstolen avgjørelse i Ålands vindkraft-saken.

på energimarkedet på tidspunktet for avgjørelsen: «*in the current state of Community law concerning the electricity market*, legislation such as the amended Stromeinspeisungsgesetz is not incompatible with Article 30 [TFEU art. 34] of the Treaty». ⁴⁷⁶

Det hadde skjedd betydelige endringer på energimarkedet siden avsigelsen av PreussenElektra-avgjørelsen, noe som gjorde det uklart hvorvidt resonnementene fremdeles var gangbare. ⁴⁷⁷ I sin innstilling til Essent Belgium-saken ga Generaladvokat Bot uttrykk for at argumentene til EU-domstolen i PreussenElektra-saken ikke lenger kunne begrunne forholdsmessigheten av territorielt begrensede støtteordninger:

«In my view, legal developments in the context both of the internal market in electricity and in the promotion of renewable energy mean that the first two justifications can no longer be accepted. I note (...) that the judgment in PreussenElektra was delivered before Directive 2003/54 was adopted, which marked a further step in the liberalisation of the electricity market (...). Secondly, I note that the justification based on the impossibility of determining the origin of electricity cannot reasonably be put forward today, since the purpose of the introduction of guarantees of origin by Directive 2001/77 was specifically to guarantee the renewable origin of the electricity produced». ⁴⁷⁸

I Ålands og Essent Belgium-sakene kom EU-domstolen likevel til at territorielt begrensede støtteordninger fremdeles kan være nødvendige. ⁴⁷⁹ EU-domstolen tok ikke stilling til Generaladvokat Bots argument om at støtteordningene ikke var egnet til å nå miljømålsettingen: «whilst it is easy to accept that green certificate schemes contribute to environmental protection by stimulating the production of green energy, it would, on the other hand, appear somewhat paradoxical to assert that the importation of green energy from other Member States might undermine environmental protection». ⁴⁸⁰ EU-domstolen begrunner ikke konklusjonen

⁴⁷⁶ C-379/98 avsnitt 81, min kursivering.

⁴⁷⁷ Fouquet (2005), s. 310.

⁴⁷⁸ Generaladvokat Bots innstilling i C-204-208/12 avsnitt 101.

⁴⁷⁹ C-573/12 avsnitt 104 og C-204-208/12 avsnitt 103.

⁴⁸⁰ Generaladvokat Bots innstilling i C-573/12 avsnitt 93, Bjørnebye (2015), s.7 kritiserer Generaladvokat Bots vurdering på dette punktet: «In this authors view, the issue is, however, not sufficiently taken into account by the Advocate General is the challenge involved in operating an EU-wide subsidy scheme as an alternative to a national scheme, in particular without clear EU secondary legislation setting out the design of that EU scheme».

sin i en konkret forholdsmessighetsvurdering av støtteordningenes territorielle begrensning, men peker på argumenter som taler for å opprettholde restriksjonen. Det kan utledes tre overordnede argumenter for opprettholdelsen av de territorielle restriksjonene.

For det første avviste EU-domstolen Generaladvokat Bots argument om at gjennomføringen av et system med opprinnelsessertifikater har avhjulpet utfordringen knyttet til å bestemme elektrisitetens opphav:

« In the first place, (...) the sole purpose of those guarantees of origin is to indicate to final customers the proportion of energy from renewable sources in an electricity supplier's energy mix. In the second place, (...) those guarantees cannot serve as confirmation that a certain volume of electricity supplied by those networks is precisely the electricity from renewable energy sources in respect of which those guarantees were given and, accordingly, the systematic identification of electricity as green electricity at the distribution and consumption stages remains difficult to put into practice».⁴⁸¹

I henhold til EU-domstolen kan derfor ikke det nåværende opprinnelsessertifikatsystemet utgjøre et argument for å åpne nasjonale støtteordninger for grønn elektrisitetsproduksjon i andre medlemsstater. EU-domstolen knytter her vurderingen opp mot fornybardirektivene, 2001/77/EC og 2009/28/EC,⁴⁸² der det fremgår at opprinnelsessertifikaters eneste funksjon er å vise for sluttbrukere at en gitt andel av den totale energimiksen består av fornybar energi. Opprinnelsessertifikater gir følgelig ingen garanti for at den aktuelle elektrisiteten faktisk innehar en andel fornybar energi.⁴⁸³ Kröger støtter opp under EU-domstolens vurdering på dette punktet.⁴⁸⁴ Han tar til orde for at forbindelsen mellom opprinnelsessertifikater og nasjonale støtteordninger må forsterkes på EU-nivå før det kan forventes at medlemsstatene åpner støtteordningene sine for grønn elektrisitetsproduksjon fra andre medlemsstater og for utenlands-

⁴⁸¹ C-573/12 avsnitt 87-90. Dette er en annen tilnærming enn EU-domstolens avgjørelse i Outokumpu Oy-saken, C-213/96 avsnitt 39: «While the characteristics of electricity may indeed make it extremely difficult to determine precisely the method of production of imported electricity and hence the primary energy sources used for that purpose, the Finnish legislation at issue does not even give the importer the opportunity of demonstrating that the electricity imported by him has been produced by a particular method in order to qualify for the rate applicable to electricity of domestic origin produced by the same method.».

⁴⁸² Nesdam (2014), s. 380.

⁴⁸³ Fornybardirektivet avsnitt 52.

⁴⁸⁴ Kröger (2013), s. 389.

ke opprinnelsessertifikater.⁴⁸⁵ For eksempel kan det pekes på opprinnelsessertifikatenes manglende betydning for medlemsstatenes oppfyllelse av fornybarplikten etter fornybardirektivet.

Dette leder over til det andre forholdet EU-domstolen vektlegger i vurderingen av de grønne sertifikatorordningene: medlemsstatenes måloppnåelse, og fornybardirektivet som åpner for at nasjonale støtteordninger kan være territorielt begrensede.⁴⁸⁶ Oppfyllelsen av det nasjonale fornybarmålet er i henhold til fornybardirektivet knyttet til produksjonen av grønn elektrisitet på eget territorium, jf. art. 5 (1) a jf. (3). Alternativt kan medlemsstatene ta i bruk samarbeidsmekanismene i art. 6-11. Opprinnelsessertifikatene har i henhold til fornybardirektivet ingen funksjon når det kommer til oppfyllelse av det nasjonale fornybarmålet.

I Ålands vindkraft-saken argumenterte klager for at hensynet til medlemsstatenes måloppnåelse ikke kunne gjøre seg gjeldende ettersom Sverige angivelig allerede hadde oppfylt sitt individuelle fornybarmål. Dette argumentet avviste EU-domstolen. EU-domstolen pekte på at produksjonskostnadene for grønn elektrisitet fremdeles var høye sammenlignet med elektrisitet produsert fra andre energikilder, og konkluderte med at: «the effectiveness of such a scheme requires by definition a measure of continuity sufficient, in particular, to ensure the fulfilment of the legitimate expectations of investors who have committed themselves to such projects, and the continued operation of those installations».⁴⁸⁷ Effektiviteten av støtteordningen når det gjelder måloppnåelse avhenger av at det sikres et godt investeringsklima; forutberegnelighet for investorer over en lengre tidsperiode er et nøkkelement på veien mot dette målet.⁴⁸⁸ Det tredje forholdet EU-domstolen trekker frem for opprettholdelsen av støtteordningenes territoriale restriksjon er derfor hensynet til å bevare investors tillit.⁴⁸⁹

Det kan se ut til at EU-domstolen har lagt avgjørende vekt på behovet for medlemsstatene til å utforme velfungerende nasjonale støtteordninger i fravær av en harmonisert tilnærming fra EUs side.⁴⁹⁰ I fornybardirektivet avsnitt 25 omtales velfungerende støtteordninger i relasjon til

⁴⁸⁵ Kröger (2013), s. 390.

⁴⁸⁶ C-573/12 avsnitt 97-99.

⁴⁸⁷ C-573/12 avsnitt 103.

⁴⁸⁸ Se blant annet pkt. 3.5.4.1.

⁴⁸⁹ C-573/12 avsnitt 100-103.

⁴⁹⁰ Se pkt. 2.5.

muligheten for medlemsstatene til å begrense støtteordningene sine nasjonalt. Kröger argumenter for at et pålegg om å åpne nasjonale støtteordninger til å gjelde produksjon fra andre medlemsstater kan rokke ved balansen medlemsstatene søker å oppnå mellom å kompensere for markedssvikt (unngå overkompensasjon) og samtidig skape insentiver til å investere.⁴⁹¹ Hovedmålsettingen bak støtteordninger til fornybar energi er å skape kostnadseffektive økonomiske forhold for en økt grønn elektrisitetsproduksjon. Medlemsstatenes forskjellige potensiale når det gjelder naturressurser og økonomi, vil være sentralt for å kunne fastsette riktig støttenivå for å hindre overkompensasjon og tiltrekke investorer.⁴⁹²

EU-domstolens avgjørelser i disse to sakene kan tas til inntekt for at dersom det ikke lenger skal være nødvendig med territorielt begrensede støtteordninger, må noe gjøres på EU-nivå.

4.4.2.3 Støtteordningens utforming

Selv om den territorielle restriksjonen i seg selv ble ansett for å være nødvendig, måtte de grønne sertifikatordningene også vurderes i sin helhet.⁴⁹³ I den sammenheng er det særlig EU-domstolens vektlegging av at støtteordningene bygger på markedsmekanismer som er av særlig interesse.⁴⁹⁴

EU-domstolens markedsbaserte tilnærming ved vurderingen av de grønne sertifikatordningene samsvarer godt med føringer Europakommisjonen har lagt for medlemsstatenes utforming av statsstøtteordninger til fornybar energi.⁴⁹⁵ Markedsmekanismer gir markedet selv et spillerom til å komme frem til et ønsket resultat, og er regnet for å medføre mindre vridning på konkurransen og samhandelen. En forutsetning her er imidlertid at markedsmekanismene er utformet på en god måte. EU-domstolen stiller følgende krav til utformingen og gjennomføringen av markedsmekanismene:

« it should be noted (...) that, by its very nature, such a scheme requires for its proper functioning market mechanisms that are capable of enabling traders — who are subject

⁴⁹¹ Kröger (2013), s. 385 og 386.

⁴⁹² Kröger (2013), s. 386.

⁴⁹³ C-204-208/12 avsnitt 104 og C-573/12 avsnitt 105.

⁴⁹⁴ Se Banet (2014). Et spørsmål som kan stilles er om EU-domstolen vil foreta en strengere vurdering og komme til et annet resultat der støtteordningen ikke er markedsbasert.

⁴⁹⁵ Se C(2013) 7243 final og SWD(2013) 439 final.

to the quota obligation and who do not yet possess the certificates required to discharge that obligation — to obtain certificates effectively and under fair terms. It is therefore important that mechanisms be established which ensure the creation of a genuine market for certificates in which supply can match demand, reaching some kind of balance, so that it is actually possible for the relevant suppliers and users to obtain certificates under fair terms ».⁴⁹⁶

Det er følgelig en forutsetning at sertifikatmarkedet utformes og gjennomføres på en måte som sikrer utenlandske aktører en åpen og reell tilgang til sertifikater.⁴⁹⁷ Et annet viktig element er at elektrisiteten og sertifikatene skal kunne selges uavhengig av hverandre slik at de ekstraordinære kostnadene bæres av markedsaktørene.⁴⁹⁸

EU-domstolen peker videre på at for oppfyllelse av kvoteplikten som hører med til grønne sertifikatordninger kan sertifikatpliktige velge mellom å betale den fastsatte boten for manglende oppfyllelse av fornybarplikten, eller å kjøpe sertifikater av grønn elektrisitetsprodusenter. EU-domstolen uttrykker at boten de sertifikatpliktige, som ikke oppfyller plikten sin, betaler må være forholdsmessig. Hva dette innebærer utdyper ikke EU-domstolen nærmere. Dette vil være opp til nasjonale domstoler å avgjøre i den konkrete saken.⁴⁹⁹ Det kan anføres at nasjonale domstoler her må ta i betraktning formålet med støtteordningen som er å støtte/øke produksjon av grønn elektrisitet. Boten er pålagt som følge av manglende overholdelse av en forpliktelse til å anvende grønn elektrisitet, noe som tilsier at den ikke må fastsettes lavere enn at sertifikatpliktige får insentiver til å velge grønn elektrisitet.⁵⁰⁰

4.4.3 Forbud mot oljefyring – egnet og nødvendig?

4.4.3.1 Innledning

Under skal vi se nærmere på forholdsmessigheten av et forbud mot bruk av oljefyr. Vurderingen av et forbud mot bruk av oljefyr i pkt. 4.2.3 ble ikke foretatt sett hen til en bestemt nasjonal regulering. Det vil heller ikke i forholdsmessighetsvurderingen tas utgangspunkt i ett bestemt tiltak. Både forskriftsforslaget fra Miljødirektoratet og det danske forbudet mot olje-

⁴⁹⁶ C-573/12 avsnitt 113 og 114.

⁴⁹⁷ C-573/12 avsnitt 118.

⁴⁹⁸ Nesdam (2014) s. 380.

⁴⁹⁹ C-573/12 avsnitt 116.

⁵⁰⁰ C-243/01 avsnitt 72-73.

fyr er rettet mot innsatsfaktoren i oljekjelene; det vil si fossil olje og mer bestemt fyringsolje. Oljekjeler kan installeres dersom bioolje eller annen fornybar energikilde benyttes. Det danske forbudet åpner videre opp for unntaksvis å autorisere bruk av oljefyr. Det er med dette utgangspunktet at forholdsmessigheten av tiltaket skal vurderes.

4.4.3.2 *Egnet til å redusere CO2 utslipp?*

Som sett over sier de nevnte forbudene mot bruk av oljefyr kun noe om hvilke energikilder som ikke kan brukes; fossil olje/fyringsolje. De regulerer ikke hvilke alternative energikilder som skal eller kan brukes. Forbudene har som siktemål å redusere klimagassutslippene fra oppvarmingssektoren gjennom en omlegging av energiforbruket ved oppvarming av bolig og andre bygg.⁵⁰¹ Spørsmålet som stilles her er om disse to formene for forbud er *egnet* til å nå miljø/klimamålsettingen.

I et brev til Europakommisjonen, som en reaksjon på det danske forbudet, tar eurofuel, UPEI (Union Pétrolière Européenne Indépendante) og ECFD (European Confederation of Fuel Distributors) til orde for at et forbud mot bruk av oljefyr ikke vil medføre en miljøfordel, ettersom alternativene til oljefyr; fjernvarme og elektrisitet, ikke nødvendigvis vil redusere klimagassutslippene.⁵⁰² Dette gjelder særlig i et land som Danmark der kull er en betydelig kilde til oppvarming og elektrisitetsproduksjon. Hvorvidt et forbud mot bruk av oljefyr i bygninger er egnet, vil følgelig kunne avhenge av energialternativet som benyttes.

Ved fortsatt bruk av oljekjeler fremgår det av det danske forbudet at bioolje eller annen fornybar energikilde skal brukes som innsatsfaktor. Dersom bolig og andre bygg går over til en helt annen oppvarmingsløsning, eksempelvis tilkobling til en fjernvarmesentral, vil CO2-utslippene avhenge av hvilken innsatsfaktor som benyttes i denne sentralen. Forutsetningsvis er forbudet mot bruk av oljefyr i Danmark kun ett ledd i en større fornybarplan, noe som taler for at fossile energikilder byttes ut med fornybare på generell basis.⁵⁰³ Dette tilsier at tiltaket er egnet til å redusere klimagassutslipp.

⁵⁰¹ Miljødirektoratet (2015), s. 2. I henhold til miljødirektoratets konsekvensutredning vil et eventuelt forbud mot bruk av fossil olje som innsatsfaktor til oppvarming medføre en betydelig reduksjon av CO2-utslipp.

⁵⁰² Brev datert 07.10.13.

⁵⁰³ Mathisen (2010), s. 1037-1042.

Videre fremgår det av EU-domstolens avgjørelser i Ålands vindkraft og Essent Belgium-sakene at miljøhensyn har fått en sentral plass i EU-retten, og det åpnes for at støtteordninger til fornybar energi skal kunne opprettholdes selv der det kan reises tvil om de aktuelle tiltakene er egnet til å redusere klimagassutslippene.⁵⁰⁴ Ålands vindkraft og Essent Belgium-sakene kan tas til inntekt for at EU-domstolen har det større bilde for øynene når det gjelder fornybar energisatsningen; det kreves en omlegging av både energiinfrastruktur, forbrukervaner og nasjonale energimarkeder, noe som på sikt vil føre til et mer miljøvennlig samfunn. Dette taler for at et forbud mot oljefyr er egnet til å øke andelen fornybart i oppvarming av bygninger og videre bidrar til reduksjon i klimagassutslipp.

4.4.3.3 *Er et bruksforbud nødvendig virkemiddel?*

Selv om et forbud mot bruk av oljefyring er egnet må det også vurderes om tiltaket er *nødvendig* for å nå miljømålsettingen.⁵⁰⁵ Spørsmålet som må stilles her er om det finnes mindre inngripende tiltak som kan oppfylle målsettingen bak forbudet på en tilfredsstillende måte.⁵⁰⁶

I sitt brev til Europakommisjonen tar eurofuel, UPEI og ECFD til orde for at et forbud mot bruk av oljefyr ikke er nødvendig. De peker på at forbud er et meget inngripende styringsmiddel, og at miljømålsettingen kan oppnås på andre, mindre inngripende, måter. De viser blant annet til at EU både har innført Ecodesign og energimerking av varmeovner, som medfører at kun de mest energieffektive varmemulighetene forblir på markedet. Noe som igjen vil medføre reduksjon i klimagassutslipp på en teknologinøytral måte, uten å hindre den frie varebevegelsen.

Alternative virkemidler må imidlertid kunne oppfylle målsettingen og det beskyttelsesnivået nasjonale myndigheter har valgt. Det er i utgangspunktet medlemsstatene som fastsetter eget nasjonale beskyttelsesnivå. Både hensynet til «føre-var-prinsippet», alvorligheten av klimautfordringene, TFEU art. 11 og TFEU art. 191-193 som åpner for at medlemsstatene skal kunne iverksette strengere tiltak, taler for at et medlemsland kan stille strenge krav til CO₂-utslipp

⁵⁰⁴ Dette kan utledes av Generaladvokat Bots anførsel om at de grønne sertifikatordningene ikke var egnet, EU-domstolen tok ikke standpunkt til denne anførselen og opprettholdt støtteordningene.

⁵⁰⁵ C-320/03 avsnitt 87 og 89, C-261/81 avsnitt 12.

⁵⁰⁶ Fredriksen (2014), s. 94.

ved oppvarming av bygg og boliger.⁵⁰⁷ Strengere beskyttelsesnivå kan videre tilsi at mer inngripende tiltak er nødvendig. På bakgrunn av dette kan det tenkes at et inngripende virkemiddel som forbud kan være nødvendig.

Det følger av Mopedsaken at det vil trekke for langt å kreve at en medlemsstat beviser at hvert «conceivable measure», annet enn det aktuelle tiltaket, ikke er egnet til å nå målsettingen.⁵⁰⁸ Av dette følger det at medlemsstatene ikke må forventes å ta stiling til hypotetiske alternative tiltak.⁵⁰⁹ Det vil derfor kun pekes på det foreslåtte alternative virkemiddelet i Miljødirektoratets konsekvensutredning.

I konsekvensutredningen til Miljødirektoratet vises det til at myndighetene har innført en CO2-avgift for å redusere utslippene fra oppvarming av bolig og bygg, og at et alternativ til å innføre et forbud kan være å heve den allerede innførte CO2-avgiften. Ifølge konsekvensutredningen vil en høyere CO2-avgift «utvilsomt» bidra til å redusere utslippene ytterligere. Mengden vil videre i stor grad avhenge av avgiftsøkningen.⁵¹⁰

Mot en økning av CO2-avgiften som alternativt tiltak til et forbud mot bruk av oljefyr kan trekkes frem at den ikke sikrer en omlegging av energibruk/varmeanlegg, ettersom en avgift vil holde muligheten åpen for å betale seg bort fra den miljøskadelige aktiviteten. En omlegging av energisektoren og energibruken i medlemsstatene er en viktig del av EUs klimapolitikk. Ved å øke avgiften er man ikke sikret de positive fordelene en energiomlegging har på lengre sikt. Bruken av avgift som virkemiddel har også et sosialt aspekt ved at man, avhengig av inntekt, vil kunne kjøpe seg bort fra å overholde miljønormer. Ifølge Miljødirektoratet medfører ikke en økning av CO2-avgiften den samme sikkerheten for måloppnåelse som et bruksforbud, og er derfor ikke et reelt alternativ når målet er å fjerne restutslippet fra olje-

⁵⁰⁷ Sjøfjell (2015), s. 3 og s. 68.

⁵⁰⁸ C-110/05 avsnitt 66.

⁵⁰⁹ C-157/94 avsnitt 58.

⁵¹⁰ Miljødirektoratet (2015), s. 15.

fyr.⁵¹¹ Dette tilsier at en økning av CO₂-avgiften ikke oppfyller miljømålsettingen på en tilfredsstillende måte.⁵¹²

EU-domstolen har i tidligere avgjørelser lagt vekt på om et forbud er totalt/generelt utformet, eller om det er et forbud som er spesielt tilpasset for å nå den bestemte målsettingen.⁵¹³ Det kan følgelig stilles spørsmål ved om forbudet mot bruk av oljefyr kan utformes på en måte som gjør at det medfører mindre inngrep i markedet. Det er vanskelig å tenke seg en alternativ utforming av et forbud mot bruk av oljefyr, uten at dette går utover den målsettingen og det beskyttelsesnivået som medlemsstatene har fastsatt. I både Danmark og Norge er forbud mot installasjon av oljefyr i nye bygninger allerede innført. Det er følgelig restforbruket av oljefyr som skal rammes. Et begrenset forbud vil ikke være egnet til å fjerne restforbruket og nå målsettingen til det valgte beskyttelsesnivået.

Mye taler for at et forbud mot bruk av oljefyr er et nødvendig virkemiddel for å nå miljømålsettingen.

4.4.4 Produktkrav og krav til produksjonsmåte

Produktkrav og krav til produksjonsmåte medfører, som sett i pkt. 4.2.4, at varer som produseres og omsettes lovlig i andre land ikke får tilgang til markedet i en annen medlemsstat. Dette er følgelig et inngripende tiltak på samhandelen. Slike tiltak kan imidlertid ha en legitim målsetting om reduksjon av CO₂-utslipp og en omlegging til fornybar energi. Til tross for at produktkrav og krav til produksjonsmåte stiller krav til CO₂-utslipp i andre medlemsstater, det vil si at fordelene ikke utelukkende knytter seg til nasjonalt territorium, taler mye for at hensynet til reduksjon i klimagassutslipp skal kunne legitimere slike krav, se pkt. 4.3.3. Kravene til produkt og produksjonsmåte må imidlertid også være egnet og nødvendige til å nå målsettingen om reduksjon av klimagassutslipp. En forholdsmessighetsvurdering må foretas konkret. Ettersom vurderingen i 4.2.4 ikke knytter seg til et bestemt tiltak, vil det kun pekes på de rettslige vurderingstemaene som slike krav reiser.

⁵¹¹ Myndighetenes styringsmidler kan deles inn i tre overordnede kategorier: juridiske virkemidler (forbud, påbud o.l.), økonomiske virkemidler (avgifter, subsidier, kvoter o.l.), og informasjon og holdningspåvirkning. Se Eckhoff (1983), s. 81 for konsekvenser ved valg av avgifter som virkemiddel.

⁵¹² C-394/97 avsnitt 44.

⁵¹³ Barnard (2014), s. 180.

Forutsetningsvis vil et slikt krav være *egnet* til å redusere klimagassutslipp. Spørsmålet er om krav til produkt og produksjonsmåte kan sies å være *nødvendig*. EU-domstolen har behandlet flere saker der krav til produktets innhold eller produksjonsmåte har medført en importrestriksjon etter TFEU art. 34.⁵¹⁴ De fleste sakene omhandler forbud mot tilsetningsstoffer i mat og drikke av hensyn til menneskers helse eller forbrukerhensyn. Det følger av EU-domstolens praksis at dersom målsettingen som begrunner et omsetningsforbud som følge av produktkrav eller krav til produksjonsmåte, kan varetas ved hjelp av merking av produktet, eller gjennom en autoriseringsadgang, vil forbudet ikke være nødvendig.⁵¹⁵

Det kan stilles spørsmål ved om målsettingen bak produktkrav og krav til produksjonsmåte av miljø/klimahensyn kan nås ved hjelp av mindre inngripende virkemidler som eksempelvis merking av produktet, eller en autorisasjonsordning. Miljø/klimautfordringene verden står overfor i dag er av en slik karakter at slike mindre inngripende tiltak, også vil ha mindre positiv effekt. Det at én medlemsstat strekker seg etter et høyere beskyttelsesnivå enn andre medlemsstater, vil komme alle til gode. Det kan av den grunn hevdes at vurderingen av om alternative tiltak er egnet/virkningsfulle nok til å nå målsettingen stiller seg annerledes der man står overfor miljø/klimahensyn. Som vist under pkt.4.3, har miljøhensyn en særlig status i EU-retten. Usikkerhetsmomentene knyttet til alvor og omfanget av klimautfordringene verden står overfor taler for at «føre-var-prinsippet», som er nedfelt i TFEU art. 191, står sentralt. Dette igjen tilsier at medlemsstatene skal gis en vid skjønnsmargin ved fastsettelsen av et høyt miljøbeskyttelsesnivå, noe som igjen kan begrunne at mer inngripende/strengere tiltak.

⁵¹⁴ C-178/84.

⁵¹⁵ C-261/81, Sejersted (2011), s. 341, Ziegler (1996), s. 100-101.

5 Avsluttende bemerkninger – regelsett i samspill

5.1 Sammenfatning

Så langt har vi sett at statsstøttereglene kan begrense medlemsstatenes handlingsrom ved utforming av nasjonale støtteordninger. Det er særlig vilkåret om at støtten må være gitt direkte eller indirekte av statsmidler som har voldt hodebry i teori og praksis. Der en nasjonal støtteordning innebærer statsstøtte ligger det til Europakommisjonen å vurdere om støtteordningen allikevel kan opprettholdes. Retningslinjene gir her anvisning på hvordan Europakommisjonen vil foreta denne vurderingen. Avveiningstesten holder hensynet til å fremme miljøet gjennom en fornybarsatsning, opp mot hensynet til et fritt marked uten statlig inngrep. Det kan i den sammenheng stilles spørsmål ved om Europakommisjonens retningslinjer binder medlemsstatenes miljøhandlingsrom i for stor grad, og om den markedsbaserte tilnærmingen valgt i retningslinjene, faktisk er egnet til å oppfylle EUs fornybarmål. I kapittel 4 av oppgaven har vi sett nærmere på hvordan utvalgte tiltak for å fremme fornybar energi forholder seg til varereglens importforbud og videre muligheten for å gjøre unntak av hensyn til klima og miljø. Avslutningsvis i denne delen har vi sett at miljøhensyn har fått en sentral plass i EU-retten, noe som er bekreftet gjennom EU-domstolens praksis. En interessant utvikling i praksis er i den sammenheng at selv tiltak som direkte diskriminerer utenlandskprodusert grønn energi kan legitimeres i miljøhensyn.

I det følgende skal vi se nærmere på samspillet mellom disse to regelsettene. Både statsstøtteregolverket og reglene om den frie varebevegelse har som målsetting å gjennomføre det indre fellesmarkedet.⁵¹⁶ Av den grunn finnes det flere grenseflater mellom regelsettene. Betingelsene for at de ulike regelsettene skal komme til anvendelse er imidlertid forskjellige. Dette innebærer at selv om en støtteordning ikke oppfyller vilkårene i TFEU art. 107 (1) og dermed ikke faller inn under statsstøtteregolverket, vil tiltaket kunne innebære tiltak med tilsvarende virkning som en kvantitativ importrestriksjon etter TFEU art. 34.⁵¹⁷ Det er videre mulig at en støtteordning innebærer både en overtredelse av TFEU art. 107 og art. 34. De to bestemmelsene er imidlertid tilknyttet forskjellige institusjonelle apparat og vurderingsprosedyrer, noe som gjør det viktig å avgjøre hvilken hjemmel en støtteordning skal vurderes etter. Hjemmelsvalg har en prosessuell og en institusjonell betydning, men kan også tenkes å ha en betydning for vurderingen av støtteordningen materielt sett.

⁵¹⁶ C-21/88 avsnitt 20.

⁵¹⁷ Jessen (2003), s. 62.

Først skal vi se nærmere på hvilket regelsett en støtteordning skal vurderes etter og hvilke institusjonelle hensyn som her må tas med i betraktning. Deretter vil det knyttes noen kommentarer til handlingsrommet medlemsstatene har innenfor rammene av de to regelsettene.

5.2 Hvilken bestemmelse skal støtteordningen vurderes etter? – institusjonelle aspekter ved valg av hjemmel

Som nevnt, kan en støtteordning innebære både en overtredelse av statsstøtteforbudet i TFEU art. 107, og andre traktatsbestemmelser, eksempelvis art. 34.⁵¹⁸ En overtredelse av TFEU art. 34 vil for eksempel være tilfellet der en støtteordning ytes til et foretak som har til formål å fremme bruken av nasjonale produkter i motsetning til importerte produkter, jf. Dassonville-formuleringen.⁵¹⁹ Det kan også tenkes et eksempel ut ifra de nylig avsatte avgjørelsene i Ålands vindkraft og Essent Belgium-sakene: En støtteordning som tar i bruk grønne sertifikater kan innebærer statsstøtte dersom det etableres et fond, kontrollert av staten, som utbetaler kompensasjon til nasjonale produsenter av grønn elektrisitet.⁵²⁰ En slik støtteordning vil innebære statsstøtte og vil også kunne stride mot regelen om fri bevegelse av varer ettersom støtten forbeholdes nasjonale produsenter av grønn elektrisitet.⁵²¹ I et slikt tilfelle vil forholdet mellom TFEU art. 34 og art. 107 bli satt på spissen.

Konkurransereglene regnes for å være *lex specialis* sammenholdt med markedsreglene. I henhold til teorien om at *lex specialis derogat legi generali*,⁵²² skal støtteordninger som oppfyller vilkårene for statsstøtte vurderes etter TFEU art. 107 og art. 108, og ikke etter TFEU art. 34.⁵²³ At TFEU art. 34 er en generell bestemmelse som må vike tilbake for mer spesielle traktatsbestemmelser følger blant annet av Iannelli-saken fra 1970-tallet: «However wide the field of application of Article 30 [TFEU art. 34] may be, it nevertheless does not include obstacles to trade covered by other provisions of the Treaty».⁵²⁴ I et tilfelle der man står overfor valget

⁵¹⁸ Vesterdorf (2009), s. 397.

⁵¹⁹ C-8/74 avsnitt 5, se videre C-249/81, C-222/82, C-21/88.

⁵²⁰ Se C-262/12 (Vent-de Colère!).

⁵²¹ C-21/88.

⁵²² White (1989), s. 271.

⁵²³ Ziegler (1996), s. 115, Jessen (2003), s. 69, og de Sadeleer (2014), s. 259.

⁵²⁴ C-74/76 avsnitt 9, se også C-252/86.

mellom TFEU art. 34 og art. 107, er det ut ifra *lex specialis* betraktninger naturlig å anta at art. 107 må anvendes.

I mange av sakene som har vært oppe for EU-domstolen, der en støtteordning både har hatt en side til statsstøttereglene og TFEU art. 34, har imidlertid EU-domstolen vurdert støtteordningen etter TFEU art. 34.⁵²⁵ I *Buy Irish*-saken uttalte EU-domstolen følgende om forholdet mellom bestemmelsene: «It must be observed, however, that the fact that a substantial part of the campaign is financed by the Irish Government, and that Articles 92 [TFEU art. 107] and 93[TFEU art. 108] of the Treaty may be applicable to financing of that kind, does not mean that the campaign itself may escape the prohibitions laid down in Article 30». ⁵²⁶ Dette har blitt gjentatt i flere senere saker,⁵²⁷ og tilsier at det må foretas en mer nyansert vurdering av forholdet mellom TFEU art. 107 og art. 34.

I *Iannelli*-saken ble forholdet mellom de to bestemmelsene nærmere utredet. I henhold til EU-domstolen kunne ikke anvendelsesområdet til TFEU art. 34 defineres så vidt at all støtte som også kunne innebære en restriksjon i henhold til sistnevnte bestemmelse ville falle inn under dens anvendelsesområde. Dette ville «alter the scope of Articles 92 and 93 [TFEU art. 107 og art. 108] of the Treaty and (...) interfere with the system adopted in the Treaty for the division of powers by means of the procedure for keeping aids under constant review as described in Article 93». ⁵²⁸ EU-domstolen la følgelig vekt på traktatens system og bestemmelsenes forskjellige prosedyrer, i grensedragningen. Samtidig utelukket ikke EU-domstolen at TFEU art. 34 kunne komme til anvendelse selv der det er snakk om støtte som faller inn under TFEU art. 107 og art. 108.

EU-domstolen tegnet i samme sak opp et skille mellom de tilfellene der markedsrestriksjonen er uløselig knyttet til formålet med støtten, og de tilfellene der en slik markedsrestriksjon er mulig å vurdere separat fra støtten:

⁵²⁵ C-249/81 avsnitt 16-18.

⁵²⁶ C-249/81 avsnitt 18.

⁵²⁷ C-18/84 avsnitt 13, C-103/84.

⁵²⁸ C-74/76 avsnitt 12 (3).

«Those aspects of aid which contravene specific provisions of the Treaty other than Articles 92 and 93 [TFEU art. 107 og art. 108] may be so *indissolubly linked to the object* of the aid that it is *impossible to evaluate them separately* so that their effect on the compatibility or incompatibility of the aid viewed as a whole must therefore of necessity be determined in the light of the procedure prescribed in Article 93».⁵²⁹

Ut ifra denne rettssetningen må det ses hen til den enkelte støtteordningen, og vurderes hvorvidt forholdet som medfører en restriksjon etter TFEU art. 34 kan vurderes uavhengig av «støtten» som knytter seg til TFEU art. 107.

I senere avgjørelser, eksempelvis den over nevnte Buy Irish-saken, har ikke EU-domstolen uttrykkelig holdt seg til dette skillet trukket opp i Iannelli-saken.⁵³⁰ Dette har ført til forskjellige tolkninger av rettspraksis på området. Noen forfattere oppfatter EU-domstolen dithen at skillet trukket opp i Iannelli-saken, mellom en restriksjon som kan vurderes separat og en restriksjon som er uløselig knyttet til støtten, ikke lenger skal gjelde, og at TFEU art. 34 kan anvendes selv der restriksjonen er uløselig knyttet til støtten.⁵³¹ For en slik forståelse kan det anføres at en statsstøtteordning som finnes forenlig med traktaten ikke må stride mot andre traktatsbestemmelser.⁵³² Uttalelsene til EU-domstolen i Du Pont de Nemours-saken gir uttrykk for dette: «In that regard, it is sufficient to recall that, as the Court has consistently held (...), Article 92 may in no case be used to frustrate the rules of the Treaty on the free movement of goods».⁵³³ En støtteordning må følgelig være i overensstemmelse med TFEU art. 34, og bestemmelsen burde derfor også kunne anvendes.

Andre tar til ordet for at skillet i Iannelli-saken fremdeles gjelder, selv om dette ikke fremgår uttrykkelig av senere rettspraksis.⁵³⁴ For en slik forståelse kan det, for det første, vises til EU-

⁵²⁹ C-74/76 avsnitt 14, min kursivering.

⁵³⁰ C-249/81 avsnitt 18 og 19: «It must be observed, however, that the fact that a substantial part of the campaign is financed by the Irish Government, and that Articles 92 and 93 of the Treaty may be applicable to financing of that kind, does not mean that the campaign itself may escape the prohibitions laid down in Article 30. In any case, if the Irish Government considered that such financing amounted to aid within the meaning of Articles 92 and 93 it ought to have notified the aid to the Commission in accordance with Article 93 (3)».

⁵³¹ Jessen (2003), s. 66 og 67 som viser til Waelbroeck og Frignani «European Competition Law», 1999, s. 315, og Chérot «Les Aides d'Etat dans les Communautés Européennes», 1998, s. 121.

⁵³² Soltész (2009), s. 150.

⁵³³ C-21/88 avsnitt 20.

⁵³⁴ Jessen (2003), s. 67 som viser til Hancher, Ottervanger og Slot «E.C State Aids», 1999, s. 54.

domstolens egne argumenter i Iannelli-saken; TFEU art. 34 kan ikke få et så omfattende anvendelsesområde at reglene i TFEU art. 107 og art. 108 mister sin betydning.

Vesterdorf peker på at statsstøtteordninger iverksatt av staten som regel stiller innenlandske aktører bedre i den internasjonale konkurransen, og følgelig kan ha sider til andre traktatsbestemmelser. Dersom enhver slik støtteordning skulle kunne angripes for nasjonale domstoler etter TFEU art. 34, ville dispensasjonskompetansen til Europakommisjonen TFEU art. 107 og art. 108, bli illusorisk.⁵³⁵ Det kan videre argumenteres for at en vurdering av støtteordningens negative virkning på samhandelen er en del av den vurderingen Europakommisjonen foretar etter TFEU art. 107 (3). Dispensasjonskompetansen til Europakommisjonen skal utøves i tråd med fellesskapets interesse. Opprettholdelse av en generell kvantitativ restriksjon eller tiltak med tilsvarende virkning vil ikke være i tråd med fellesskapsinteressen.⁵³⁶ Europakommisjonens avgjørelse kan innbringes for EU-domstolens 1. instans, jf. TFEU art. 263. EU-domstolen er tilbakeholden med å overprøve Europakommisjonens skjønnsutøvelse etter TFEU art. 107 (3),⁵³⁷ men vil gjennom andre forhold kunne annullere Europakommisjonens vurdering av støtteordningens forenlighet med fellesskapsinteressen og samhandelen, eksempelvis ved å vise til Europakommisjonens mangelfulle begrunnelse, jf. TFEU art. 296 (2).⁵³⁸

Videre kan det anføres at de senere sakene, behandlet etter TFEU art. 34, omhandler støtteordninger som har et restriktivt element som kan vurderes separat fra støtten. EU-domstolens vurdering av støtteordningen i henhold til TFEU art. 34 vil i så tilfelle være i tråd med resonnementet i Iannelli-saken. I disse sakene er det også det fellestrekk at sakene innledes som brudd på TFEU art. 34. Dette tilsier at det restriktive elementet i disse sakene er en fremtredende del av støtteordningen, kanskje mer fremtredende enn statsstøtteelementet. EU-domstolen ser ut til å legge vekt på det faktum at medlemsstatene ikke har sett noen grunn til å notifikere ordningen til Europakommisjonen: «In any case, if the Irish Government consid-

⁵³⁵ Vesterdorf (2009), s. 398.

⁵³⁶ Vesterdorf (2009), s. 56-57.

⁵³⁷ Ved kontroll av Europakommisjonens skjønnsutøvelse er EU-domstolen begrenset til å vurdere om skjønnnet er åpenbart uriktig eller innebærer en maktvridning jf. C-148/04 avsnitt 71.

⁵³⁸ TFEU art. 263, jf. C-204/97, der EU-domstolen annullerte Europakommisjonens godkjenning av støtte til franske brennevinsprodusenter. EU-domstolen pekte blant annet på at Europakommisjonen hadde latt være å innlede prosedyre etter TFEU art. 108 (2), og at dette gjorde at Europakommisjonen ikke hadde fått tilstrekkelig innsikt i saken og problemstillingene som reiste seg i tilknytning til forbudet mot interne diskriminerende avgifter TFEU art. 110. Vesterdorf (2009), s. 445-447, C-74/76 avsnitt 12.

ered that such financing amounted to aid within the meaning of Articles 92 and 93 [TFEU art. 107 og art. 108] it ought to have notified the aid to the Commission in accordance with Article 93 (3)». ⁵³⁹

Dersom en medlemsstat først notifiserer støtteordningen til Europakommisjonen, vil det være liten tvil om at det også er Europakommisjonen som skal vurdere om støtten kan være forenlig med traktaten dersom ordningen innebærer statsstøtte. ⁵⁴⁰ I forlengelsen av dette må det påpekes at EU-domstolens vurdering av støtteordningens forenlighet med TFEU art. 34, ikke avskjærer Europakommisjonen fra å vurdere støtteordningen uforenlig med TFEU art. 107(1).

5.3 Nasjonale myndigheters miljøhandlingsrom

Det er først og fremst i unntaksbestemmelsene at medlemsstatenes miljøhandlingsrom ligger. Dette følger av traktatens system som er bygget opp med en hovedregel om at tiltak som hindrer den frie varebevegelsen eller vrir konkurransen er forbudt, og at unntak kun aksepteres der hensynene som forfølges er legitime, og inngrepet i markedet ikke er uforholdsmessig. Både Europakommisjonen ved utøvelsen av skjønn etter TFEU art. 107 (3) c, og EU-domstolen ved vurdering av unntaksmulighetene i TFEU art. 36 eller læren om tvingende allmenne hensyn, søker å finne en balanse mellom hensynet til miljøet og hensynet til markedet.

Som vi har sett, gir retningslinjene (2014-2020) uttrykk for det skjønn Europakommisjonen utøver ved vurderingen av nasjonale støtteordninger til fornybar energi. Et gjennomgående trekk ved retningslinjene er et forsøk på å integrere grønne energikilder i markedet. Støtte skal gis ved bruk av markedsmekanismer, og støtteordningene skal være teknologinøytrale og åpne for «alle». Et spørsmål som kan stilles er om tiden er inne for en slik markedsintegrasjon av grønn energi. Europakommisjonens strenge linje gir medlemsstatene lite rom for å utforme støtteordninger i henhold til nasjonale forhold som markedsforhold, naturresurser og fornybarpotensiale. Mye tyder på at Europakommisjonen i retningslinjene går for langt for fort i sitt ønske om å integrere grønn energi i markedet, og på veien, risikerer EUs eget fornybarmål. Hensynet til miljøet tilsier at medlemsstatene gis mer fleksibilitet ved utforming av støtteordninger til fornybar energi. ⁵⁴¹ Dette gjør at det kan stilles spørsmålstegn ved om Europakom-

⁵³⁹ C-249/81 avsnitt 19.

⁵⁴⁰ Vesterdorf (2009), s. 397-398.

⁵⁴¹ Sjøfjell (2015), s.

misjonens tar tilstrekkelig hensyn til miljøet i samsvar med TFEU art. 11, og videre om medlemsstatene gis et stort nok handlingsrom til å forfølge miljømålsettinger i henhold til subsidiaritetsprinsippet og proporsjonalitetsprinsippet i TFEU art. 5 (3) og (4).⁵⁴²

I vurderingen av TFEU art. 34 og art. 36 åpner EU-domstolen for at miljøhensyn kan begrunne betydelig inngrep i markedet. I både Ålands vindkraft og Essent Belgium-sakene ble de grønne sertifikatordningene ansett forenlig med TFEU art. 34, til tross for at de ikke åpnet for grønn energi fra andre medlemsstater. I kontrast til retningslinjene som krever at medlemsstatene åpner støtteordningene sine for grønn energi fra andre medlemsstater, fremgår det av EU-domstolens forholdsmessighetsvurdering i de to sakene at nasjonalt begrensede støtteordninger fremdeles kan være egnet og nødvendig. I likhet med Europakommisjonen legger EU-domstolen vekt på at støtteordningen utformes på en måte som gjør at det eksisterer en reel åpning for grønn energi produsert i andre medlemsstater, og at det tas i bruk markedsmekanismer. EU-domstolen overlater imidlertid til nasjonale domstoler å foreta den endelige vurderingen av støtteordningens forholdsmessighet. På denne måten vil vurderingen foretas på nasjonalt nivå som har best kjennskap til de nasjonale forholdene som gjør seg gjeldende. Medlemsstatenes miljøhandlingsrom ved utforming av støtteordninger til fornybar energi kan følgelig anføres å være større etter varereglene.

EU-domstolen og Europakommisjonen søker stadig å etablere en balanse mellom hensynet til miljøet og hensynet til markedet. I den sammenheng besitter EU-organene en betydelig grad av frihet til å veie, og videre rangere hensynene i den enkelte saken. Utfallet av denne avveilingen kan være uforutsigbar for medlemsstatene, og medføre en lydhørhet som ikke gagnar miljøet. En harmoniseringsprosess på EU-nivå, der medlemsstater og EU-institusjoner arbeider sammen om å komme frem til et balansepunkt, vil trolig løse mange utfordringer. En forutsetning må imidlertid være at EUs egen miljøpolitikk sikrer et høyt miljøbeskyttelsesnivå, og videre at medlemsstater gis muligheten til å fastsette et strengere beskyttelsesnivå der dette er velbegrunnet.⁵⁴³

⁵⁴² Johnston (2014), s. 45.

⁵⁴³ Ziegler (1996), s. 240 og 244.

6 Kilderegister

Bøker, artikler og bokkapitler:

- Alterskjær (2008) Alterskjær, Bjørnar, Erling Hjelmeng, Robert Lund, og Thomas Nordby, «Statsstøtte –EØS-avtalens regler om offentlig støtte», Bergen 2008
- Bacon (2013) Bacon, Kelyn, «European Union Law of State Aid», 2. utg., 2013
- Banet (2012) Banet, Catherine, «Tradable green certificates schemes under EU law», Oslo 2012
- Barnard (2007) Barnard, Catherine, «The Substantive Law of the EU –The four Freedoms», 2. utg., Oxford 2007
- Barnard (2013) Barnard, Catherine, «The substantive law of the EU», 4. utg., Oxford 2013
- Barnard (2014) Barnard, Catherine og Steve Peers, «European Union Law», Oxford 2014
- Biondi (2006) Biondi, Andrea, «Some reflections on the Notion of «state Resources» in European Community State Aid Law», Fordham International Law Journal, Volume 30, Issue 5, 2006, Article 4, s. 1426-1448
- Bjørnebye (2010) Bjørnebye, Henrik, «Investing in EU Energy Security: Exploring the Regulatory Approach to Tomorrow's Electricity Production», Alphen aan den Rijn 2010
- Bjørnebye (2015) Bjørnebye, Henrik, «Joined Cases C-204/12 to C-208/12, Essent Belgium», Oil, Gas & Energy Law Intelligence, Vol. 13-issue 3, 2015, 9 sider, www.ogel.org

- Blauberger (2008) Blauberger, Michael, «From Negative to Positive Integration? European State Aid Control Through Soft and Hard Law», MPIfG Discussion Paper 08/4
http://www.mpifg.de/pu/mpifg_dp/dp08-4.pdf, lest 29.05.2015
- Blauberger (2009) Blauberger, Michael, «Of ‘Good’ and ‘Bad’ Subsidies: European State Aid Control through Soft and Hard Law», *West European Politics*, volume 32, no. 4, 2009, s. 719-737
- Blok (2006) Blok, Kornelis, «Renewable energy policies in the European Union», *Energy Policy* 34 (2006), s. 251-255
- Cini (2001) Cini, Michelle, «The soft law approach: Commission rule-making in the EU’s state aid regime», *Journal of European Public Policy* 8:2 April 2001, s. 192-207
- De Sadeleer (2012) De Sadeleer, Nicolas, «State Aids and Environmental Protection: Time for Promoting the Polluter-Pays Principle», *Nordisk miljörättslig tidskrift* 2012:1, s. 3-30
- De Sadeleer (2014) De Sadeleer, Nicolas, «EU Environmental law and the internal market», 2014
- Eckhoff (1983) Eckhoff, Torstein, «statens styrings muligheter – særlig i ressurs- og miljøspørsmål», Oslo 1983
- Ehlermann (1992) Ehlermann, Claus-Dieter, «the contribution of EC competition policy to the single market», *Common Market Law Review* 29: 1992, s. 257-282
- Europautredningen (2011) Europautredningen, rapport #14, «EØS-avtalens rolle og betydning på miljøvernområdet», av Hans Chr. Bugge, 2011

- Fouquet (2005) Fouquet, Dörte og Ursula Prall, «Renewable Energy Sources in the Internal Electricity Market: The German Feed-in Model and its Conformity with Community Law», *Journal for European Environmental & Planning Law*, 4/2005, s. 309-324
- Fredriksen (2014) Fredriksen, Halvard Haukland og Gjermund Mathisen, «EØS-rett», 2. utg., Bergen 2014
- Graver (2002) Graver, Hans Petter, «Forvaltningsrett i markedsstaten –studier i europeisering av forvaltningsretten», Bergen 2002
- Houe (2013) Houe, Sebastian, «CO2-beskatning i et EU-retligt og national perspektiv», København 2013
- Haas (2011) Haas, Reinhard, Christian Panzer, Gustav Resch, Mario Ragwitz, Gemma Reece, Anne Held, «A historical review of promotion strategies for electricity from renewable energy sources in EU countries», *Renewable and sustainable energy review* 15 (2011), s. 1003-1034
- Jans (2000) Jans, Jan H., «Proportionality Revisited», *Legal Issues of Economic Integration* 27(3), 2000, s. 239-265
- Jessen (2003) Jessen, Pernille Wegener, «Forbudet mod statsstøtte i EU», København 2003
- Johnston (2012) Johnston, Angus, og Guy Block, «EU Energy Law», Oxford 2012
- Johnston (2014) Johnston, Angus, «The impact of the new EU Commission guidelines on State aid for environmental protection and energy on the protection of renewable energies», *EU Renewable Energy Law – Legal challenges and new perspectives*, Oslo 2014, s. 13-54 (MarIus nr 446)

- Jones (2014) Jones, Alison, Brenda Sufrin, «EU Competition Law: text, Cases, and materials», 2014, [ekstra kapitel om statsstøtte], s. 1-235
- Kröger (2013) Kröger, «Nationally Exclusive Support Schemes for RES Electricity Production and the Free Movement for Goods», Journal for European Environmental & Planning Law 10.4 (2013), s. 378-393
- Kylili (2015) Kylili, Angeliki, Paris A. Fokaides, «Competitive auction mechanisms for the promotion renewable energy technologies: The case of the 50 MW photovoltaics projects in Cyprus», Renewable and sustainable energy review 42 (2015), s. 226-233
- Mathisen (2007) Mathisen, Gjermund, «Om Proporsjonalitet som skranke for tiltak som gjør inngrep i EØS-avtalens fire friheter», Jussens Venner Vol. 42 02/2007, s. 80-92
- Mathisen (2010) Mathisen, Gjermund, «Consistency and coherence as conditions for justification of member state measures restricting free movement», Common Market Law Review 47, 2010, s. 1021-1048
- Nesdam (2014) Nesdam, Anne-Karin, «EU-domstolens avgjørelse i Åland Vindkraft-saken», Lov og Rett Vol. 53, 07/2014, s. 379-380
- Peeters (2014) Peeters, Marjan, «Governing towards renewable energy in the EU: Competences, instruments, and procedures», Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2014, s. 39-63
- Penttinen (2015) Penttinen, S. L., «Ålands Vindkraft AB v Energimyndigheten – The Free Movement Law Perspective», Oil, Gas & Energy Law Intelligence, Vol. 13-issue 3, 2015, 23 sider, www.ogel.org

- Rubini (2009) Rubini, Luca, «The ‘Elusive Frontier’: Regulation under EC State Aid Law», EStAL, 3/2009, s. 277-298
- Sandberg (2014) Sandberg, Lena, Lyndy Davies, Christian Cockroft, «The creeping scope of State aid in relation to energy taxes and charges», European Energy Journal 42, volume 4, issue 3, s. 42-49
- Scholz (2014) Scholz, Lydia, «The dialogue between free movement of goods and the national law of renewable energies», MarIus nr 446 «EU Renewable Energy Law – Legal challenges and new perspectives», 2014, s. 89-108
- Sejersted (2011) Sejersted, Fredrik, Finn Arnesen, Ole-Andreas Rognstad og Olav Kolstad, «EØS-rett», 3. utg., Oslo 2011
- Senden (2004) Senden, Linda, «Soft Law in European Community Law», Oxford 2004
- Sjåfjell (2015) Sjåfjell, Beate og Anja Wiesbrock, «The Greening of European Business under EU Law –Taking Article 11 TFEU Seriously», London 2015
- Soltész (2009) Soltész, Ulrich og Felix Schatz, «State Aid for Environmental Protection The Commission’s new Guidelines and the new General Block Exemption Regulation», JEEPL, Volume 6, 2009, s. 141-170
- Steffens (2014) Steffens, Juliane, «Articles 30 and 110 TFEU as limitations to member States’ renewable energy promotion», EU Renewable Energy Law – Legal challenges and new perspectives, Oslo 2014, s. 59-88 (MarIus nr 446)
- Steinbach (2015) Steinbach, Armin, «Renewable Energy and the Free Movement of Goods», Nuffield College, Working Paper Series in Politics, January

2015, www.nuffield.ox.ac.uk

- Søberg (2010) Søberg, Camilla Varhaug, «Norske bruksreguleringer og EØS-retten –Hindrer EØS-avtalen det norske forbudet mot vannscooter?», Perspektiv 01/10, Stortingets Utredningsseksjon
- Sørensen (2014) Sørensen, Karsten Engsig, Poul Runge Nielsen, og Jens Hartig Danielsen, «EU retten», 6. utg., København 2014
- Vesterdorf (2005) Vesterdorf, Bo, «A Further Comment on the New State Aid Concept as this Concept Continues to be Reshaped», EstAL 3/2005, s. 393-399
- Vesterdorf (2009) Vesterdorf, Peter L. og Mogens Uhd Nielsen, «EU-statsstøtteren», København 2009
- Werring (2006) Werring, Luc, Paolo Bertoli, Randall Bowie, Paul Hodson m.fl., «EU environmental law: Energy Efficiency and Renewable Energy Sources», Leuven 2006 (Energy Law, Vol. 3)
- White (1989) White, Eric L., «In search of the limits to Article 30 of the EEC Treaty», Common Market Law Review 26, 1989, s. 235-280
- Ziegler (1996) Ziegler, Andreas R., «Trade and Environmental Law in the European Community», Oxford 1996

Rettspraksis:

EU-domstolen

- C-30/59 De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v [1961] ECR s. 1
High Authority of the European Coal and Steel
Community
- C-6/64 Flaminio Costa v E.N.E.L. [1964] ECR s. 585

| | | |
|--------------|---|----------------------|
| C-8/74 | Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville | [1974] ECR s. 837 |
| C-46/76 | W. J. G. Bauhuis v The Netherlands State | [1977] ECR s. 00005 |
| C-74/76 | Iannelli & Volpi SpA v Ditta Paolo Meroni | [1977] ECR s. -00557 |
| C-78/76 | Steinike & Weinlig v Federal Republic of Germany | [1977] ECR s. 595 |
| C-82/77 | Openbaar Ministerie (Public Prosecutor) of the Kingdom of the Netherlands v Jacobus Philippus van Tiggele | [1978] ECR s. 25 |
| C-120/78 | Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein | [1979] ECR s. 649 |
| C-730/79 | Philip Morris Holland BV v Commission of the European Communities | [1980] ECR s. -02671 |
| C-788/79 | Criminal proceedings against Herbert Gilli and Paul Andres | [1980] ECR s. -02071 |
| C-113/80 | Commission of the European Communities v Ireland | [1981] ECR s. 1625 |
| C-213-215/81 | Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbert Will, Trawako, Transit-Warenhandels-Kontor GmbH & Co., och Gedelfi, Großeinkauf GmbH & Co., mot Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung. | [1982] ECR s. -03583 |
| C-249/81 | Commission of the European Communities v Ireland | [1983] ECR s. 4005 |

land

| | | |
|------------------|--|----------------------|
| C-261/81 | Walter Rau Lebensmittelwerke v De Smedt PVBA | [1982] ECR s. -03961 |
| C-222/82 | Apple and Pear Development Council v K.J. Lewis Ltd and others | [1983] ECR s. -04083 |
| C-16/83 | Criminal proceedings v Karl Prantl | [1984] ECR s. -01299 |
| C-72/83 | Campus Oil Limited and others v Minister for Industry and Energy and others | [1984] ECR s. 2727 |
| C-240/83 | Procureur de la République v Association de défense des brûleurs d'huiles usagées (ADBHU) | [1985] ECR s. 531 |
| C-290/83 | Commission of the European Communities v French Republic | [1985] ECR s. 439 |
| C-18/84 | Commission des Communautés européennes v République française | [1985] ECR s. -01339 |
| C-103/84 | Commission of the European Communities v Italian Republic | [1986] ECR s. 1759 |
| C-178/84 | Commission v Germany | [1987] ECR s. 1227 |
| C-248/84 | Federal Republic of Germany v Commission of the European Communities | [1987] ECR s. 4013 |
| C-67,68 70/85 | og Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV and others v Commission of the European Communities | [1988] ECR s. 219 |
| C-252/86 | Gabriel Bergandi v Directeur général des impôts | [1988] ECR s. 01343 |

| | | |
|---------------------|--|-----------------------|
| C-302/86 | Commission of the European Communities v Kingdom of Denmark | [1988] ECR s. 460 |
| C-62/87 og 72/87 | Exécutif régional wallon and SA Glaverbel v Commission of the European Communities | [1988] ECR s. -01573 |
| C-142/87 | Kingdom of Belgium v Commission of the European Communities | [1990] ECR s. I-959 |
| C-215/87 | Heinz Schumacher v Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost | [1989] ECR s. -00617 |
| C-21/88 | Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unità sanitaria locale N° 2 di Carrara | [1990] ECR s. I-889 |
| C-303/88 | Italian Republic v Commission of the European Communities | [1991] ECR s. I-04437 |
| C-2/90 | Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium | [1992] ECR s. I-04431 |
| C-189/91 | Petra Kirsammer-Hack v Nurhan Sidal | [1993] ECR s. I-6185 |
| C-267-268/91 | Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard | [1993] ECR s. I-6097 |
| C-93/92 | CMC Motorradcenter GmbH v Pelin Baskicogullari | [1993] ECR s. I-05009 |
| C-387/92 | Banco de Crédito Industrial SA, now Banco Exterior de España SA v Ayuntamiento de Valencia | [1994] ECR s. I-877 |

| | | |
|------------|---|-----------------------|
| C-393/92 | Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf Ijsselmij | [1993] ECR s. I-1477 |
| C-470/93 | Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V. v Mars GmbH | [1995] ECR s. I-01923 |
| C-157/94 | Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands | [1997] ECR s. I-05699 |
| C-34-36/95 | Konsumentombudsmannen (KO) v De Agostini (Svenska) Förlag AB (C-34/95) and TV-Shop i Sverige AB | [1997] ECR s. I-03843 |
| C-120/95 | Nicolas Decker v Caisse de maladie des employés privés | [1998] ECR s. I-01831 |
| C-203/96 | Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV and Others v Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer | [1998] ECR I-04075 |
| C-213/96 | Outokumpu Oy | [1998] ECR s. I-1777 |
| C-75/97 | Kingdom of Belgium v Commission of the European Communities | [1999] ECR s. I-3671 |
| C-200/97 | Ecotrade Srl v Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS) | [1998] ECR s. I-07907 |
| C-204/97 | Portuguese Republic v Commission of the European Communities | [2001] ECR s. I-03175 |
| C-394/97 | Criminal proceedings against Sami Heinonen | [1999] ECR s. I-03599 |

| | | |
|----------|--|-----------------------|
| C-83/98 | French Republic v Ladbroke Racing Ltd and Commission of the European Communities | [2000] ECR s. I-3271 |
| C-351/98 | Kingdom of Spain v Commission of the European Communities | [2002] ECR s. I-8031 |
| C-379/98 | PreussenElektra AG v Schleswig AG, in the presence of Windpark Reußenköge III GmbH and Land Schleswig-Holstein | [2001] ECR s. I-02099 |
| C-405/98 | Konsumentombudsmannen (KO) v Gourmet International Products AB (GIP) | [2001] ECR s. I-01795 |
| C-143/99 | Adria-Wien Pipeline GmbH and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH v Finanzlandesdirektion für Kärnten | [2001] ECR s. I-8365 |
| C-482/99 | French Republic v Commission of the European Communities | [2002] ECR s. I-4397 |
| C-112/00 | Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge contre Republik Österreich. | [2003] ECR s. I-5659 |
| C-409/00 | Kingdom of Spain v Commission of the European Communities | [2003] ECR s. I-01487 |
| C-243/01 | Procédure pénale contre Piergiorgio Gambelli et autres | [2003] ECR s. I-13031 |
| C-66/02 | Italian Republic v Commission of the European Communities | [2005] ECR s. I-10901 |
| C-345/02 | Pearle BV, Hans Prijs Optiek Franchise BV and | [2004] ECR s. I-07139 |

Rinck Opticiëns BV v Hoofdbedrijfschap Ambachten

| | | |
|--------------|--|-----------------------|
| C-320/03 | Commission of the European Communities v Republic of Austria | [2005] ECR s. I-17929 |
| C-148/04 | Unicredito Italiano SpA v Agenzia delle Entrate, Ufficio Genova 1 | [2005] ECR s. I-11137 |
| C-110/05 | Commission of the European Communities v Italian Republic | [2009] ECR s. I-519 |
| C-142/05 | Åklagaren v Percy Mickelsson and Joakim Roos | [2009] ECR s. I-4273 |
| C-206/06 | Essent Netwerk Noord BV supported by Netherlands Elektriciteit Administratiekantoor BV v Aluminium Delfzijl BV, and in the indemnification proceedings Aluminium Delfzijl BV v Staat der Nederlanden and in the indemnification proceedings Essent Netwerk Noord BV v Netherlands Elektriciteit Administratiekantoor BV and Saranne BV | [2008] ECR s. I-5497 |
| C-677/11 | Doux Élevage SNC et Coopérative agricole UKL-ARREE contre Ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche, de la Ruralité et de l'Aménagement du territoire et Comité interprofessionnel de la dinde française (CIDEF) | ECLI:EU:C:2013:348 |
| C-204-208/12 | Essent Belgium NV v Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits - en Gasmarkt | ECLI:EU:C:2014:2192 |
| C-262/12 | Association Vent De Colère! Fédération nationale | ECLI:EU:C:2013:851 |

and Others v Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement and Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie

C-573/12 Ålands vindkraft AB v Energimyndigheten. ECLI:EU:C:2014:2037

Retten i første instans

T-149/95 Etablissements J. Richard Ducros v Commission of the European Communities [1997] ECR s. II-02031

T-214/95 Het Vlaamse Gewest (Flemish Region) v Commission of the European Communities [1998] ECR s. II-717

T-132/96 og T-143/96 Freistaat Sachsen, Volkswagen AG and Volkswagen Sachsen GmbH v Commission of the European Communities [1999] ECR s. II-03663

T-445/05 Associazione italiana del risparmio gestito and Fineco Asset Management SpA v Commission of the European Communities [2009] ECR s. II-289

T-25/07 Iride SpA and Iride Energia SpA v Commission of the European Communities [2009] ECR s. II-245

EFTA-domstolen

E-4/04 Pedicel AS v Sosial- og helsedirektoratet [2005] EFTA Ct.Rep.1

Innstillinger fra Generaladvokatene:

| | |
|--|------------------------|
| Generaladvokat Jacobs innstilling i C-379/98 | ECLI:EU:C:2000:585 |
| Generaladvokat Bots innstilling i C-204-208/12 | ECLI:EU:C:2013:294 |
| Generaladvokat Bots innstilling i C-573/12 | ECLI:EU:C:2014:37 |
| Generaladvokat Jacobs innstilling i C-278-280/92 | [1994] ECR s. I -4106 |
| Generaladvokat Jääskinen innstilling i C-262/12 | ECLI:EU:C:2013:469 |
| Generaladvokat Léger innstilling i C-1/96 | [1997] ECR s. I – 1254 |
| Generaladvokat Wathelets innstilling i C-677/11 | ECLI:EU:C:2013:58 |
| General Advokat Trstenjaks innstilling i C-28/09 | ECLI:EU:C:2010:770 |

Praksis fra overvåkningsorganene:

Praksis fra Europakommisjonen

| | |
|------------|---|
| N 550/2000 | –Belgium/Flanders –Green Certificates in the electricity sector, SG (2001) D/290545, OJ C 330, 24.11.2001 |
| N 504/2000 | –United Kingdom Renewables Obligation and Capital Grants for Renewable Technologies, 28.11.2001 C(2001)3267 final |
| N 65/2010 | –United Kingdom, amendments to the Renewables Obligation Certificates (ROCs) scheme, 30.3.2010, C (2010)2211 |
| N 789/2002 | –Sweden, Elcertificatsystemet, decision of 5.2.2003, C(2003)382fin, OJ C 120, 22.5.2003 |

| | |
|----------|---|
| SA.38632 | State aid SA.38632 (2014/N) – Germany, EEG 2014 – Reform of the Renewable Energy Law, Brussels, 23.07.2014 C(2014) 5081 final |
| SA.39042 | State aid SA.39042 (2014/N) – Romania, RES support reduction for energy-intensive users, Brussels, 15/10/2014 C(2014) 7287 final |
| SA.36196 | State aid SA.36196 (2014/N) – United Kingdom, Electricity Market Reform - Contract for Difference for Renewables , Brussels, 23.7.2014 C(2014) 5079 final |

Praksis fra ESA

| | |
|----------------|---|
| No. 150/15/COL | EFTA Surveillance Authority decision of 21 April 2015, on the State aid measures in favour of electric vehicles (Norway) Case No: 76399 Document No: 746191 Decision No: 150/15/COL |
|----------------|---|

Traktater:

| | |
|-------------------|---|
| TFEU | Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.12 |
| EØS-avtalen | Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeid av 2. mai 1992, Porto |
| TEU | Treaty on European Union, OJ C 115, 9.5.2008 |
| Kyoto-protokollen | Kyoto Protocol to the United Nations framework Convention on Climate Change (UNCCC), 1998 |

EU-lovgivning:

| | |
|-------------------------|--|
| Fornybardirektivet | Directive 2009/28/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009, on the promotion of the use of energy from renewable sources and amending and subsequently repealing Directives 2001/77/EC and 2003/30/EC (OJ L 140, 5.6.2009, s. 16-62) |
| Direktiv 2001/77/EC | Directive 2001/77/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001, on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity market, (OJ L 283, 27.10.2001, s.33-40) |
| Direktiv 2009/125/EC | Directive 2009/125/EC of the European Parliament and of the Council of 21 October 2009, establishing a framework for the setting of ecodesign requirements for energy-related products (OJ L 285, 31.10.2009, s. 10-35) |
| Direktiv 2009/30/EC | Directive 2009/30/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009, amending Directive 98/70/EC as regards the specification of petrol, diesel and gas-oil and introducing a mechanism to monitor and reduce greenhouse gas emissions and amending Council Directive 1999/32/EC as regards the specification of fuel used by inland waterway vessels and repealing Directive 93/12/EEC (OJ L140, 5.6.2009, s. 88-112) |

Dokumenter fra Europakommisjonen:

| | |
|-------------------------|--|
| COM (2005) 627 final | Communication from the Commission, The support of electricity from renewable energy sources,{SEC(2005) 1571 }, Brussels, 7.12.2005 |
| COM (2008) 19 final | Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources (presented by the Commission), {COM(2008) 30 final} {SEC(2008) 57} |

| | |
|-----------------------------|---|
| | {SEC(2008) 85, Brussels, 23.1.2008 COM(2008) 19 final, 2008/0016 (COD)} |
| SEC (2008) 57 | Commission staff working document, The support of electricity from renewable energy sources Accompanying document to the Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the promotion of the use of energy from renewable sources {COM(2008) 19 final}, Brussels, 23.1.2008 |
| MEMO 14/276 | Energy and Environmental State aid Guidelines – Frequently asked questions, Brussels, 9.4.2014 |
| IP/14/400 | State aid: Commission adopts new rules on public support for environmental protection and energy, Brussels, 9.4.2014 |
| Retningslinjene (2014-2020) | Communication from the Commission, Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020 (2014/C 200/01, OJ C 200, 28.6.2014) |
| Retningslinjene (2008) | Community Guidelines on State aid for environmental protection (2008/C 82/01, OJ C 82, 1.4.2008) |
| C(2013) 7243 final | Communication from the Commission, Delivering the internal electricity market and making the most of public intervention, C(2013) 7243 final, 5.11.2013, Brussels |
| SWD(2013)439 final | Commission staff working document, European Commission guidance for the design of renewables support schemes, Accompanying the document Communication from the Commission Delivering the internal market in electricity and making the most of public intervention ,{C(2013) 7243 final} {SWD(2013) 438 final} {SWD(2013) 440 final} {SWD(2013) 441 final} {SWD(2013) 442 final}, Brussels, 5.11.2013 |

SWD(2013) 439 final

https://ec.europa.eu/energy/sites/ener/files/documents/com_2013_public_intervention_swd04_en.pdf, lest 29.05.2014

Nasjonale kilder:

| | |
|--------------------------|---|
| Prop. 4 S (2011-2012) | Samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse i EØS-avtalen av direktiv 2009/28/EF om å fremme bruken av energi fra fornybare kilder (fornybardirektivet) |
| prop.101 L (2010-2011) | Lov om elsertifikater |
| Meld. St. 21 (2011-2012) | Norsk klimapolitikk |
| 2010 | Forskrift 26. mars 2010 nr. 489 om tekniske krav til byggverk (Byggteknisk forskrift) |
| 2011 | Lov om elsertifikater, L24.06.2011 nr. 39 |
| Rt. 2009 s. 839 | (Pedicel-saken) |

Andre kilder:

| | |
|------------------|---|
| Ankersmit (2014) | Ankersmit, Laurens, «'Facilitating' infringements of article 34 TFEU and the Territorial nature of green electricity support schemes: Case C-573/12 Ålands vindkraft AB v Energimyn-digheten», European Law Blog, 07.07.2014: http://europeanlawblog.eu/?p=2407 , lest. 29.05.15 |
|------------------|---|

| | |
|----------------------------|--|
| Banet (2014) | Banet, Catherine, «The EU Court of Justice rules in favour of Sweden in the Åland vindkraft case», ECOHZ, 2014.07.03: http://www.ecohz.com/facts-news/news/aaland-case/ , lest 29.05.2015 |
| Brev 07.10.13 | Brev til Philip Lowe, Director General for Energy, European Commission, og Daniel Calleja Crespo, Director General for Enterprise and Industry, European Commission, fra eurofuel, UPEI og ECFD, datert 07.10.13: http://www.upei.org/release/UPEI_Joint_Letter_ProhibitionOnTheInstallationOfOilBoilers.pdf , lest 29.05.2015 |
| Europakommisjonen | Europakommisjonen, «The 2020 climate and energy package»: http://ec.europa.eu/clima/policies/package/index_en.htm , lest 29.05.2015 |
| European Commission (2013) | European Commission, Growth Directorate-General, Communication from the Commission – SG(2013) D/5981, Notification Number 2013/192/DK «Executive order on publication of the 2010 Danish Building Regulations (Bygningsreglement 2010 – BR10»: http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/tris/en/search/?trisaction=search.detail&year=2013&num=192 , lest 29.05.2015. |
| Miljødirektoratet (2015a) | Miljødirektoratet, «Foreslår forskrift om forbud mot oljefyring», 12.03.2015: http://www.miljodirektoratet.no/no/Nyheter/Nyheter/2015/Mars-2015/Foreslar-forskrift-om-forbud-mot-oljefyring/ , lest 29.05.2015. |
| Miljødirektoratet (2015) | Miljødirektoratet, «Konsekvensutredning – forbud mot bruk av fossil olje til oppvarming av bygninger i 2020», 11.03.15: http://www.miljodirektoratet.no/Documents/Nyhetsdokumenter/oljefyring-konsekvensutredning2015.pdf , lest 29.05.2015. |

- Miljømagasinet PUTSJ (2012) Miljømagasinet PUTSJ, «Energiforliket i Danmark», 28.03.2012: <http://putsj.no/olje-og-energi/energiforliket-i-danmark-article400-385.html>, lest 29.05.2015.
- Nicolaides (2014) Nicolaides (2014), Phedon Nicolaides, «The Non-Equivalence of the Various Methods of Supporting Green Electricity», 10.01.2014: <http://www.lexxion.eu/training/state-aid-blog-mobile/2014/01/10/97-the-non-equivalence-of-the-various-methods-of-supporting-green-electricity>, lest. 29.05.2015.
- OECD (2010) OECD, «Electricity: Renewables and smart grid», Competition law and policy, 2010, dok. DAF/COMP/WP2/WD (2010) 10: http://ec.europa.eu/competition/international/multilateral/2010_electricity.pdf, lest 29.05.2015.
- Olje- og Energidepartementet (2008) Olje- og Energidepartementet, «Fakta 2008: Energi og vannressurser i Norge», 14.11.2008: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/oed/pdf_filer/faktaheftet/evfakta08/evfakta08_kap05_no.pdf, lest 29.05.2015.
- Olje- og Energidepartementet (2012) Olje- og Energidepartementet (OED), «Nasjonal handlingsplan for fornybar energi i henhold til Direktiv 2009/28/EC», juni 2012: https://www.regjeringen.no/globalassets/upload/oed/pdf_filer/22-konsesjonsrunde_2012/2012-0626_handlingsplan_fornybardirektivet_250612.pdf, lest 29.05.2015.
- Scholz (2015) Lydia Scholz power point presentasjon, holdt ved Universitetet i Oslo den 10. Februar 2015.